Bankverwahrungsvertrag und Bankkonkurs.

Inaugural-Dissertation

verfaßt und der

Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Kgl. Bayerischen Julius-Maximilians-Universität Würzburg zur Erlangung der rechts- u. staatswissenschaftlichen Doktorwürde

vorgelegt von

Richard Meuschel

Rechtspraktikant aus Kitzingen.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1906.

Referent: Professor Dr. Mendelssohn-Bartholdy.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Erstes Kapitel.

Grundzüge der Lehre vom Bankverwahrungsvertrag.

Erster Abschnitt.

Die zivilrechtlichen Grundsätze.

§ 1. Begriff und Wesen des Bankverwahrungsvertrags 1
§ 2. Arten des Bankverwahrungsvertrags 5
§ 3. Die Qualifikation des Bankverwahrungsvertrags 18
§ 4. Die Kombination des Bankverwahrungsvertrags mit einem zweiten selbständigen Rechtsgeschäft 22
§ 5. Die Mitwirkung mehrerer Bankiers bei Ausführung eines Bankverwahrungsvertrags 25

Zweiter Abschnitt.

§ 6. Der strafrechtliche Schutz 28

Zweites Kapitel.

Der Bankverwahrungsvertrag unter der Einwirkung des Bankkonkurses.

Erster Abschnitt.

Der zivilrechtliche Einfluß des Bankkonkurses auf den Bankverwahrungsvertrag.

A. Der einfache Bankverwahrungsvertrag im Bankkonkurs.

§ 7. Im allgemeinen 24
§ 8. Insbesondere unter dem Gesichtspunkt der Regelmäßigkeit bezw. Unregelmäßigkeit des Vertrags betrachtet 38
§ 9. B. Der qualifizierte Bankverwahrungsvertrag unter dem Einflusse des Bankkonkurses 51

Seite

§ 10. C. Die Kombination des Bankverwahrungsvertrags mit einem zweiten selbständigen Rechtsgeschäft unter dem Einflusse des Bankkonkurses 54

§ 11. D. Die konkursrechtliche Bedeutung der Mitwirkung mehrerer Bankiers bei Ausführung eines Bankverwahrungsvertrags 59

Zweiter Abschnitt.

§ 12. **Der strafrechtliche Einfluß des Bankkonkurses auf den Bankverwahrungsvertrag** 62

Literaturverzeichnis.

(Mit Angabe der Zitierweise.)

I. Literatur zum Bürgerlichen Gesetzbuch und Handelsgesetzbuch.

Cohn in Endemanns Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts, Leipzig 1883 (zit.: Cohn in E.).

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts. 6. Aufl. Stuttgart 1903 (zit.: Cosack).

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. 1. u. 2. Aufl. Halle 1901 (zit.: Dernburg).

Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch. Mannheim 1905 (zit.: Düringer-Hachenburg).

Eck-Leonhardt, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1903 (zit.: Eck-Leonhardt).

Lehmann-Ring, Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich. Berlin 1901 (zit.: Lehmann-Ring).

Makower, Handelsgesetzbuch. 12. Aufl. Berlin 1900 (zit.: Makower).

Motive zu dem Entwurfe des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Berlin u. Leipzig 1888 (zit.: Mot.).

Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse. Berlin 1899 (zit.: Oertmann).

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch. 1. u. 2. Aufl. Berlin 1900 (zit.: Planck).

von Schey, Die Obligationsverhältnisse des österreichischen allgemeinen Privatrechts. Bd. 1. 2. Heft. Wien 1895 (zit.: v. Schey).

Staub, Handelsgesetzbuch. 6. u. 7. Aufl. Berlin 1900 (zit.: Staub).

Staudinger, Kommentar zu dem Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetz. 2. Aufl. München 1905 (zit.: Staudinger).

Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. 8. Aufl. Frankfurt 1900 (zit.: Windscheid).

II. Literatur zum Depotgesetz.

Apt, Depotgesetz. 2. Aufl. Berlin 1896 (zit.: Apt).

Bondi, „Das Kassenschrankfachgeschäft". In Holdheims Wochenschrift, später Monatsschrift für Aktienrecht und Bankwesen Jahrg. 1903 (zit.: Bondi in Holdheim).

Brückner, „Welches Rechtsverhältnis liegt vor, wenn ein Bankier Tresorfächer in seiner Stahlkammer an Geschäftsfreunde zur Aufbewahrung von Wertpapieren usw. gegen Entgelt überläßt?" In der Zeitschrift „Das Recht" Jahrg. 1902 (zit.: Brückner „im Recht").

Busemann, Das kaufmännische Depositum von Geld und Wertpapieren. Köln 1899 (zit.: Busemann).

Endemann, „Das Depotgesetz". In der Deutschen Juristenzeitung Jahrg. 1896.

Entwurf eines Gesetzes betreffend die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere nebst amtlicher Begründung. In den stenographischen Berichten über die Verhandlungen des Reichstags 9. Legislaturperiode 4. Session 1895—97 1. Anlagebd. Aktenstück 14. Berlin 1896 (zit.: Begründung).

Häring, Die Strafbestimmungen des sog. Depotgesetzes vom 5. 7. 1896 in ihrem Verhältnis zu den Begriffen der Unterschlagung und des Bankerotts (zit.: Häring).

Hancke, „Ist der sog. Safevertrag ein Miets- oder ein Verwahrungsvertrag?" In der Deutschen Juristenzeitung Jahrg. 1900 (zit.: Hancke in DJZ.).

Heinrici, „Die Verträge über die Benutzung von Schrankfächern in Stahlkammern." In Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts 6. Folge Jahrg. 4, Berlin 1900 (zit.: Heinrici in Gruchot).

Kunreuther, Börsengesetz und Gesetz betreffend die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere. Berlin 1896 (zit.: Kunreuther).

Lusensky, Gesetz betreffend die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere. Berlin 1896 (zit.: Lusensky).

Ofner, „Das irreguläre Deposit". In Holdheims Wochenschrift, später Monatsschrift für Aktienrecht und Bankwesen Jahrg. 1892 (zit.: Ofner in Holdheim).

von Pechmann, Das Reichsgesetz über die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere. Erlangen 1897 (zit.: v. Pechmann).

Rießer, Das Bankdepotgesetz. Berlin 1897 (zit.: Rießer).

Rießer, Die Anträge betreffend die Reform des Börsen- und Bankverkehrs. In Holdheims Wochenschrift usw. Jahrg. 1892 (zit.: Rießer in Holdheim).

Schanz in Elsters Wörterbuch der Volkswirtschaft. Jena 1898.

von Schey, „Das Bankdepotgesetz." In Holdheims Monatsschrift usw. Jahrg. 1896 (zit.: v. Schey in Holdheim).

Stenglein, Die strafrechtlichen Nebengesetze des Deutschen Reichs. 3. Aufl. Berlin 1903 (zit.: Stenglein).

Strohal, „Empfiehlt sich eine besondere gesetzgeberische Regelung der sog. Bankdepotgeschäfte und eine Sonderung ihrer verschiedenen Arten?" In Holdheims Wochenschrift usw. Jahrg. 1893 (zit.: Strohal in Holdheim).

Schweyer, Die Bankdepotgeschäfte in geschichtlicher, wirtschaftlicher und rechtlicher Beziehung. München 1899 (zit.: Schweyer).

Wilutzky, „Miete mit doppeltem Verschluß." In der Deutschen Juristenzeitung Jahrg. 1900 (zit.: Wilutzky in DJZ.).

III. Literatur zur KO.

Jäger, Kommentar zur Konkursordnung. 2. Aufl. Berlin 1904 (zit.: Jäger).

Petersen-Kleinfeller, Kommentar zur Konkursordnung. 4. Aufl. Lahr 1900 (zit.: Petersen-Kleinfeller).

von Sarwey-Bossert, Die Konkursordnung für das Deutsche Reich. 4. Aufl. Berlin 1901 (zit.: v. Sarwey-Bossert).

von Völderndorff, Konkursordnung für das Deutsche Reich. Erlangen 1879 (zit.: v. Völderndorff).

von Wilmowsky-Kurlbaum-Kühne, Die Reichskonkursordnung. 6. Aufl. 1903 (zit.: v. Wilmowsky-Kurlbaum-Kühne).

IV. Literatur zum Reichsstrafgesetzbuch.

Binding, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. Besonderer Teil. 2. Aufl. Leipzig 1902 (zit.: Binding).

von Liszt, Deutsches Strafrecht. 11. Aufl. Berlin 1902 (zit.: v. Liszt).

Ohlshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 6. Aufl. Berlin 1901 (zit.: Ohlshausen).

Oppenhof-Delius, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 14. Aufl. Berlin 1901 (zit.: Oppenhof).

V. Entscheidungssammlungen.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (zit.: RG.).

Seufferts Archiv für die Entscheidungen der obersten Gerichte.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (zit.: R.).

Rechtsprechung des deutschen Reichsgerichts in Strafsachen (zit.: Rspr.).

Goltdammers Archiv für Strafrecht und Strafprozeß.

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts (zit.: ROHG.).

Erstes Kapitel.

Grundzüge der Lehre vom Bankverwahrungsvertrag.

Erster Abschnitt.

Die zivilrechtlichen Grundsätze.

§ 1.

Begriff und Wesen des Bankverwahrungsvertrages.

I. Bankverwahrungsvertrag ist der Vertrag, durch welchen ein Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes die Aufbewahrung von Wertsachen für andere übernimmt.[1])

Der Bankverwahrungsvertrag ist darnach Verwahrung im Sinne der §§ 688 bis 700 BGB.; der bürgerlichen Verwahrung gegenüber aber ist die Bankverwahrung durch zwei Momente qualifiziert:

1. Der Bankverwahrungsvertrag muß die Aufbewahrung von Wertsachen (vgl. Schanz in Elsters Wörterbuch der Volkswirtschaft I S. 543) zum Gegenstand haben, d. h. von beweglichen Sachen (§ 90

---

[1]) In der Sprache des Handelsverkehrs umfaßt der Name „Bankverwahrungsvertrag" (Bankverwahrungsgeschäft, Depotgeschäft, Bankdepotgeschäft) nicht nur alle Spielarten des eigentlichen Aufbewahrungsgeschäftes, sondern auch manche Verhältnisse, die ihrer causa nach überhaupt nicht unter den zivilrechtlichen Begriff der Verwahrung, des depositum, fallen. So werden insbesondere gewisse Pfandgeschäfte über Wertpapiere (Lombardgeschäft, offener Kredit, Akzeptkredit usw.) als Bankverwahrungsgeschäfte bezeichnet (vgl. darüber v. Schey 292, 376). Aus dem Kreis der unter diesem wirtschaftlichen Depotbegriff zusammengefaßten Rechtsgeschäfte aber ist als Bankverwahrungsvertrag im juristischen Sinne einzig der Vertrag anzusprechen, dessen wesentlicher Zweck in der Aufbewahrung ruht. Vgl. l. 1 D. 16, 3: Depositum est, quod custodiendum alicui datum est.

BGB.), die mit unbedeutendem Volumen erheblichen Vermögenswert verbinden. Als solche kommen praktisch Geld, Wertpapiere und sonstige Urkunden, sowie Kostbarkeiten (Edelmetall, Edelsteine) in Betracht.[2])

Wer Eigentümer der in Obsorge gegebenen Werte ist, ob der Hinterleger oder ein Dritter oder der Verwahrer selbst, ist für den Begriff des Bankverwahrungsvertrags irrelevant; denn so wenig das Eigentum eines Dritten den Rechtsbestand des Vertrages zwischen Hinterleger und Verwahrer berührt, so wenig steht das Eigentum des Verwahrers am Depot der Gültigkeit des Vertrags entgegen, vorausgesetzt nur, daß der Verwahrer sich dieses seines Rechts bei Abschluß des Vertrags bewußt gewesen ist. Hat dagegen der Verwahrer seine eigene Sache in Unkenntnis seines Eigentums in Obsorge genommen, so unterliegt kraft der Wesentlichkeit dieses Irrtums der Verwahrungsvertrag der Anfechtung nach § 119 BGB. mit der Wirkung, daß bei erfolgter Anfechtung der Vertrag als nichtig von Anfang an anzusehen ist (§ 142 BGB.) (Vgl. v. Schey 285; Oertmann 430; Windscheid II 561, 551 f.; Cohn in E. III 888, 899.)

2. Der Bankverwahrungsvertrag muß auf Seite des Verwahrers Handelsgeschäft sein; als solches aber ist der Vertrag Grundhandelsgeschäft, wenn der Verwahrer derartige Geschäfte gewerbsmäßig betreibt, dagegen Nebenhandelsgeschäft, wenn sein Gewerbebetrieb andere Geschäfte zum Hauptgegenstand hat und nur gelegentlich einen Bankverwahrungsvertrag mit sich bringt. Vgl. § 1 II Ziff. 4 HGB. (Lehmann-Ring II 306; Cohn in E. III 887; a. M. Cosack 472).

---

[2]) Cosack 472 spricht in seiner Definition des Bankverwahrungsgeschäfts lediglich von der Aufbewahrung von Wertpapieren; Lehmann-Ring II 306 bezeichnen den Bankverwahrungsvertrag als Verwahrung von Wertpapieren oder Kostbarkeiten, das bare Geld unter letzteren Begriff subsumierend; Cohn in E. III 887 verlangt, daß das deponierte Objekt in Geld, Wertpapieren oder Pretiosen besteht. Das praktisch wichtigste Objekt der Bankverwahrung bilden jedenfalls weitaus die Wertpapiere; mit dem Effektenverwahrungsgeschäft wird sich daher auch die folgende Darstellung hauptsächlich beschäftigen; das depositum von barem Geld wird lediglich in den wichtigsten Besonderheiten Berücksichtigung finden; die Verwahrung von Pretiosen und Urkunden aber wird außer Betracht bleiben, da diese Gegenstände meist zu verschlossenem Sonderdepot übergeben werden, in solchem Falle aber die Klarstellung der Eigentumsverhältnisse und die Frage nach der Rechtslage der Kontrahenten im Bankkonkurs regelmäßig keinen rechtlichen Schwierigkeiten begegnet (vgl. Begründung 46).

Eine Beschränkung des Begriffs „Kaufmann" in der Definition des Bankverwahrungsvertrags auf „Bankier" scheitert einerseits an dem Umstand, daß der Bankierbegriff in der Gesetzgebung nicht festgelegt ist, andererseits an der Tatsache, daß Bankverwahrungsverträge auch außerhalb des Bankbetriebs im kaufmännischen Verkehr vorkommen können und vorkommen.[3])

Ob der Hinterleger Kaufmann ist oder nicht, spielt nur in einzelnen Beziehungen eine Rolle (vgl. z. B. § 2 DG.).

II. 1. Die bedeutsamste Rechtsquelle für den Bankverwahrungsvertrag über Wertpapiere ist das Gesetz betreffend die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere vom 5. 7. 1896, das jedoch insofern ein beschränktes Anwendungsgebiet hat, als es sich einerseits nur auf das unverschlossene Depot vertretbarer Wertpapiere außer Banknoten und Papiergeld (vgl. dazu Begründung 47) bezieht § 1 DG., andererseits für Minderkaufleute (vgl. über das persönliche Anwendungsgebiet des DG. v. Pechmann 5) nicht in Betracht kommt § 13 DG. Die auch für diesen beschränkten Geltungsbereich vorhandenen Lücken des Gesetzes sind primär aus den allgemeinen Bestimmungen des Handelsgesetzbuches im Zusammenhalt mit etwaigen Handelsgebräuchen und subsidiär aus den Regeln des Bürgerlichen Gesetzbuches über die Verwahrung §§ 688 ff. zu ergänzen.

Für das verschlossene Depot wie für das offene Depot von anderen Wertsachen als den im § 1 DG. genannten Wertpapieren sind Handelsgesetzbuch und Bürgerliches Gesetzbuch die einzig maßgebenden Rechtsquellen.

---

[3]) Aus diesen Gründen beschränkt auch das Gesetz betr. die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere v. 5. 7. 1896 (zit.: DG.) seine Wirksamkeit nicht auf Bankiers, sondern umfaßt auch die übrigen Vollkaufleute (vgl. Begründung 40 und ferner §§ 1, 8, 9—11 mit § 13 DG.). Daß gleichwohl im Titel wie in der folgenden Darstellung die Begriffe „Bankier" und „Bankkonkurs" für „Verwahrender Kaufmann" und „Konkurs über das Vermögen des verwahrenden Kaufmanns" zur Verwendung gelangen, mag einerseits in der Kürze des Ausdrucks, in der allgemein üblichen Bezeichnung des zu erörternden Rechtsverhältnisses als Bankverwahrungsvertrag und in der Tatsache, daß eben dieser Vertrag doch zumeist im Bankverkehr praktisch wird, andererseits aber hauptsächlich aus dem Grunde Entschuldigung finden, daß die hier dargestellten Grundsätze gleichmäßig zur Anwendung kommen, mag der Verwahrer Bankier oder sonstiger Vollkaufmann sein.

2. Den dispositiven Bestimmungen des Gesetzes gehen die Vertragsvereinbarungen vor, die von dem Verwahrer in sogen. „allgemeinen Geschäftsbedingungen“ aufgestellt und vom Hinterleger durch Unterzeichnung dieser Bedingungen angenommen zu werden pflegen.

III. 1. Im Bankverwahrungsvertrag vertraut der Hinterleger seine Wertsachen einem andern an, weil sie bei diesem sicherer oder zweckmäßiger verwahrt sind als in eigener Obsorge, gleichwohl aber jederzeit zu des Hinterlegers Verfügung bereit liegen. Das durch den Verwahrungsvertrag begründete Rechtsverhältnis verpflichtet nun einerseits den Verwahrer zur Aufbewahrung (§ 688 BGB.; über Ort und Art vgl. die §§ 691, 692 BGB.) und je nach Art des Vertrags zur individuellen oder generischen Rückgewähr des Depots (§§ 695, 696, 697, 700 BGB.), andererseits den Hinterleger zur Leistung des bedungenen Entgelts (§ 689 BGB.; Fälligkeit § 699 BGB.) sowie zur Leistung von Auslagen — bezw. Schadensersatz (§§ 693, 694 BGB.).

2. Bei entgeltlicher Verwahrung steht der Depositar für die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns ein (§ 347 HGB. § 276 mit 690 BGB.), während die Unentgeltlichkeit des Vertrags, das Maß der Verantwortlichkeit auf die Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten beschränkt (§§ 690, 277 BGB.). Bei befugter Substitution ferner hat der Verwahrer nur ein ihm bei der Weiterhinterlegung zur Last fallendes Verschulden zu vertreten; bei unbefugter Substitution dagegen steht er für jedes Verschulden des Dritten gemäß § 278 BGB. und für jeden Zufall ein, der die Sache in der Hand des Dritten trifft und nachweislich ohne die Weiterhinterlegung nicht getroffen haben würde (vgl. Windscheid II 564). Für das Verschulden eines Gehilfen endlich ist der Verwahrer nach § 278 BGB. verantwortlich (§ 691 BGB.).

3. Zur Geltendmachung seiner Ansprüche aus dem Bankverwahrungsvertrag stehen dem Deponenten die Vertragsklage (actio depositi directa) und die Eigentumsklage nach § 985 BGB. zu Gebot, während der Depositar seine Gegenansprüche mit der actio depositi contraria verfolgt. Gegen die Klage des Hinterlegers kann der Verwahrer die „Einreden“ der Retention (§§ 273 ff. BGB., 369 ff. HGB.) und Kompensation (§ 387 f. BGB.; vgl. Mot. II, 579, 580) geltend machen, unter Umständen auch den Einwand des Eigentums vorbringen; ein gesetzliches Pfandrecht am Depot hat der Verwahrer dagegen nicht,

wohl aber ist ihm durch die Geschäftsbedingungen regelmäßig ein Vertragspfandrecht eingeräumt.

4. Der Bankverwahrungsvertrag ist an eine Form regelmäßig nicht gebunden; handelsüblich aber ist die Ausstellung von Urkunden, die zunächst nur Beweismittel sind für die Einlieferung, durch Aufdruck eines Quittungsvermerks mit dem Namen des Hinterlegers aber zu Legitimationspapieren werden (vgl. bei der Reichsbank: Depotschein, Depositalschein und Quittungsbuch).

§ 2.

Arten des Bankverwahrungsvertrages.

Der Bankverwahrungsvertrag ist:

A. befristeter oder nichtbefristeter Vertrag,

je nachdem eine bestimmte Dauer der Verwahrung vereinbart ist oder nicht. Im letzteren Fall kann sowohl der Hinterleger wie der Verwahrer jederzeitige Rückgabe bezw. Rücknahme des Depots fordern; bei dem befristeten Vertrage dagegen wirkt die Zeitbestimmung stets zugunsten des Hinterlegers. Es kann daher zwar der Hinterleger auch in diesem Falle jederzeit das Depot zurückfordern, ohne an sich zur Leistung des etwaigen Entgelts für den Rest der Verwahrungszeit verpflichtet zu sein (vgl. § 699 II BGB.), freilich unter Haftung für Ersatz des durch die vorzeitige Rückforderung dem Verwahrer entstehenden Schadens. Dagegen ist der Verwahrer nicht berechtigt, die Rücknahme des Depots vor Ablauf der vereinbarten Zeit zu verlangen, es sei denn, daß ein wichtiger Grund dazu vorliegt (§§ 695, 696 BGB.). Kommt der Hinterleger mit der Rücknahme in Verzug, so kann sich der Verwahrer der Haftung und Pflicht zur Aufbewahrung durch Hinterlegung des Depots gemäß § 372 ff. BGB. entschlagen (vgl. dazu auch die §§ 300, 304 BGB.).

B. Entgeltlicher oder unentgeltlicher Vertrag.

Im Gegensatz zum römischen Recht, das in der Unentgeltlichkeit des Vertrags ein wesentliches Merkmal des depositum sah, den Vertrag aber, durch welchen sich der Hinterleger von vorneherein zu einer Gegenleistung für die Aufbewahrung verpflichtete, unter den Begriff der locatio conductio operis subsumierte, hat die moderne Gesetz-

gebung in Anlehnung an die natürlichere Auffassung des deutschen Rechts das Begriffsmerkmal der Unentgeltlichkeit aufgegeben, ohne andererseits den Verwahrungsvertrag für wesentlich entgeltlich zu erklären. Jedoch gilt nach § 689 BGB. eine Vergütung für die Aufbewahrung als stillschweigend vereinbart, wenn die Aufbewahrung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist, und nach § 354 HGB. steht der Bankverwahrungsvertrag allgemein unter der Präsumtion der Entgeltlichkeit.

Die Unterscheidung ist — abgesehen von der Verschiedenheit der Haftung (§ 690 BGB.) — auch insofern von praktischer Bedeutung, als die entgeltliche Bankverwahrung ein vollkommen gegenseitiges, die unentgeltliche ein unvollkommen zweiseitiges Schuldverhältnis begründet (vgl. Düringer-Hachenburg III 502; Jäger § 17 Anm. 3; Oertmann 426; Petersen-Kleinfeller 91).

C. Regelmäßiger oder unregelmäßiger Vertrag.

I. Der Gegensatz dieser Unterscheidung, die nicht nur die tiefgehendste ist, sondern gerade für die Konkursbetrachtung ausschlaggebende Bedeutung gewinnt, beruht einerseits auf der Beschaffenheit der hinterlegten Objekte — Gegenstand der regelmäßigen Bankverwahrung kann jede beliebige Wertsache, Gegenstand der unregelmäßigen Bankverwahrung dagegen nur ein vertretbares Objekt sein —, andererseits aber auf der Verschiedenheit der Stellung, welche die Kontrahenten zu dem Depot einnehmen. Aus letzterem Gesichtspunkt ist des näheren zu bemerken:

1. Dem Wesen der Verwahrung als dem Zwecke sicherer Aufbewahrung und jederzeitiger Verfügbarkeit der in Obsorge gegebenen Werte dienend, entspricht die doppelte Verpflichtung des Verwahrers, einerseits sich jeglichen Gebrauchs der anvertrauten Wertobjekte zu enthalten, um jederzeit in der Lage zu sein, dem Verlangen des Hinterlegers nach Rückgabe des Depots gerecht zu werden, und andererseits dem Rückgewährbegehren durch individuelle Zurückstellung der deponierten Objekte zu entsprechen.

Regelmäßig erwirbt daher der Verwahrer kein materielles Recht am Depot, darf er, wirtschaftlich ausgedrückt, auch nicht den kleinsten Teil desselben als Vermehrung seines Betriebskapitals erachten; vielmehr bleibt das Depot im Rechte des Hinterlegers, der kraft dieses

seines Rechts jederzeit die unmittelbare, wenn auch nur vorübergehende Herausgabe der in Verwahrung befindlichen Werte verlangen kann.

2. Diesem Regelfall der strengen Bankverwahrung gegenüber wird als „unregelmäßiger Bankverwahrungsvertrag" die Art der Hinterlegung von vertretbaren Wertsachen bezeichnet, bei welcher unmittelbar mit Vertragsschluß, d. h. hier mit der Übergabe der zu verwahrenden Objekte das Eigentum an diesen auf den Verwahrer übergehen und dieser lediglich zur Rückstellung einer gleichen Zahl gleicher Gattung verpflichtet sein soll (§ 700 I, 1 BGB., § 2 I, 1. Fall DG.). Bei solchem sogen. depositum irregulare[4]) begibt sich also der Hinterleger seines „Herausgabeanspruchs", wird lediglich persönlicher Gläubiger des Depositars und muß sich als solcher mit einem rein obligatorischen Anspruch auf Rückgewähr von tantundem eiusdem generis, mit einem „Verschaffungsanspruch" gegen den Verwahrer begnügen.

3. Zwischen diesen beiden Extremen auf dem Gebiete der Bankverwahrung hat die Praxis des Bankverkehrs eine Reihe von Zwischenformen ausgebildet, die, sei es nach der Seite der individuellen Zurückstellung, sei es nach der Seite der Ausschließung jeglichen Gebrauchs der in Obsorge gegebenen Wertsachen, von dem Normalfall des regulären Depots abweichen, mit diesem aber immer das eine Moment gemeinsam haben, daß der Schutz des Hinterlegers, wie er in dessen „Herausgabeanspruch" beschlossen liegt, unangetastet bleibt. Dieses gemeinsamen Momentes wegen erscheint es geboten, alle diese Erscheinungen der regelmäßigen Bankverwahrung anzureihen, den Gegensatz von depositum regulare und irregulare dahin präzisierend, daß dort der Hinterleger durch einen „Herausgabeanspruch" gesichert, hier auf einen „Verschaffungsanspruch" beschränkt ist.

Als Abarten der streng regulären Bankverwahrung, des Sonderdepots, kommt das Sammeldepot, das Substitutionsdepot und das Fiduziardepot in Betracht (vgl. unten sub II).

4. Während es sich bei den sub 3 genannten Depotformen um praktisch wichtige Spielarten des regulären Vertrags handelt, charak-

[4]) Über dessen Anerkennung durch die herrschende Lehre wie über die Scheidung von depositum irregulare und Darlehen vgl. Oertmann 433; Dernburg II 2. 520; Staudinger II 520; Ofner in Holdheim Jahrg. 1892 S. 51; insbesondere aber v. Schey 353ff. und die dort zitierte Literatur.

terisiert sich der Vertrag, in welchem der Hinterleger dem Verwahrer gestattet, „hinterlegte vertretbare Sachen zu verbrauchen“ (§ 700 I, 2 BGB.) bezw. „über die hinterlegten Wertpapiere zu seinem Nutzen zu verfügen“ (§ 2, I DG.),[5]) als ein Mittelding zwischen regelmäßiger und unregelmäßiger Bankverwahrung, als eine zeitliche Kombination beider Gegensätze, die (mit Oertmann 433) als „alternativ unregelmäßiger Verwahrungsvertrag“ bezeichnet werden mag.

II. In Ausführung des im vorstehenden festgelegten Schemas ergibt sich aus dem Gesichtspunkt der Regelmäßigkeit bezw. Unregelmäßig-

---

[5]) Insbesondere Düringer-Hachenburg III 499 vertreten den im Text sub 2 und 4 eingenommenen Standpunkt, daß in Abs. 1 des § 2 DG. die gleichen Fälle wie im Abs. 1 des § 700 BGB. unterschieden werden, so zwar, daß die Ermächtigung aus § 2 DG. „an Stelle hinterlegter Wertpapiere gleichartige zurückzugewähren“ die Begründung eines depositum irregulare im Sinne des § 700 Abs. 1 Satz 1 BGB. bedeutet, die Ermächtigung des § 2 DG. aber „über die Papiere zu seinem Nutzen zu verfügen“ der Gestattung aus § 700 BGB. „hinterlegte vertretbare Sachen zu verbrauchen“ entspricht. Als Gegenstand des § 2 DG. kommt danach einerseits das reine depositum irregulare (vgl. oben sub 2), andererseits die alternativ-unregelmäßige Verwahrung (vgl. oben sub 4) in Betracht. Eine gewisse Stütze findet diese Annahme, der sich auch v. Pechmann 50 Anm. zuzuneigen scheint, in dem Wortlaute der Begründung (vgl. deren S. 47); denn zwei Fälle sollen danach der Formvorschrift des § 2 DG. unterstellt sein: Einerseits das reine depositum irregulare, als dessen charakteristisches Merkmal das Recht des Verwahrers „Wertpapiere gleicher Menge und Art statt der empfangenen zurückzugewähren“ erklärt wird, andererseits „die Umwandlung eines depositum regulare in ein depositum irregulare“; m. a. W. der sogen. alternativ irreguläre Verwahrungsvertrag, zu dessen Bezeichnung die Worte „über die Papiere zu verfügen“ gebraucht zu sein scheinen. A. M. Rießer 20 ff. und Stenglein 251, die die beiden Fälle der Ermächtigung in § 2 gleich behandelt wissen wollen, im übrigen aber insofern in scharfem Kontrast stehen, als Rießer den Standpunkt vertritt, daß mit der gemäß § 2 DG. erteilten Ermächtigung ein depositum irregulare zur Entstehung gelange, Stenglein aber dafür hält, daß „ein depositum regulare anzunehmen sei, solange der Depositar von der Ermächtigung keinen Gebrauch gemacht habe und erst nach der Verfügung über die Papiere ein depositum irregulare“, ferner Lusensky 52, Busemann 19, die den ersten Fall als depositum irregulare anerkennen, in dem zweiten dagegen die Begründung eines modifizierten regulären Depots erblicken, Schweyer 121 ff., der den zweiten Fall als Vereinbarung eines depositum irregulare charakterisiert und der Meinung ist, daß der Gesetzgeber in dem ersten Fall das Substitutionsdepot (vgl. oben sub II 1 c β) im Auge gehabt habe. Die übrigen Autoren begnügen sich entweder mit kurzen Andeutungen oder lassen die Frage unberührt.

keit des Vertragsverhältnisses folgendes System des Bankverwahrungsvertrags:

1. Der regelmäßige Bankverwahrungsvertrag (depositum regulare, Depot mit Herausgabeanspruch des Hinterlegers).

a) Das Sonderdepot:

α) Die rechtliche Art dieses Normalfalles der regulären Bankverwahrung kommt in folgenden Sätzen zum Ausdruck:

αα) Das Depot eines jeden einzelnen Kunden ist gesondert, d. h. getrennt sowohl von dem Depot anderer Hinterleger wie von den eigenen Beständen des Bankiers zu verwahren. Diese Verpflichtung zu „reellem Depothalten" ist bei offenem Depot vertretbarer Wertpapiere außer Banknoten und Papiergeld durch die weitere Pflicht des Verwahrers zu äußerlich erkennbarer Bezeichnung eines jeden einzelnen Depots und zu buchmäßiger Festhaltung der in Verwahrung gegebenen Papiere verschärft. § 1 mit § 13 DG. (vgl. Begründung 41 f.). Zur Aushändigung eines Stückeverzeichnisses ist dagegen der Verwahrer auch, soweit es sich um die Wertpapiere des Depotgesetzes handelt, nicht verpflichtet (vgl. Rießer 13).

ββ) Eigentümer der hinterlegten Wertpapiere bleibt der bisherige Eigentümer.

γγ) Zur Verfügung über das Depot ist der Verwahrer nur insoweit berechtigt, als es der Anweisung oder dem Interesse des Hinterlegers entspricht (vgl. § 1,II DG.).

δδ) Die Rückgewähr der deponierten Objekte hat in specie zu erfolgen. Die Gefahr zufälligen Untergangs trägt der Hinterleger, und nur dann haftet der Bankier auch für casus, wenn er mit der Rückgabe in Verzug ist (§ 287 BGB.).

β) Das Sonderdepot ist die häufigst vorkommende Depotart, die insbesondere von der Reichsbank gepflegt wird. Das „verschlossene" Depot ist immer zugleich Sonderdepot, ebenso das „offene" Depot unvertretbarer Wertpapiere z. B. Wechsel, Lagerscheine usw. Das offene Depot vertretbarer Wertpapiere ist im Zweifel (vgl. § 700 II BGB., § 2 DG.), das offene Depot von barem Geld dagegen nur kraft ausdrücklicher Abrede Sonderdepot (vgl. v. Schey 369; Düringer-Hachenburg III 499; Staub II 1502; dazu unten sub 2 b).

γ) Eine Art des Sonderdepots, und zwar in der Regel des verschlossenen Sonderdepots ist das sog. Safedepot, bei welchem der

Verwahrer dem Hinterleger ein zu dessen ausschließlicher Benützung bestimmtes verschließbares Fach eines eisernen Schrankes oder eingemauerten Gewölbes in der Weise zur Verfügung stellt, daß dasselbe unter besonderem Verschluß des Kunden und Mitsperre der Bank steht. Ein derartiges Verhältnis ist nicht Mietvertrag (so Brückner im „Recht“ Jahrg. 1902 S. 251; Heinrici in Gruchot 4. Jahrg. S. 820 ff.) oder eine Kombination von Miet- und Verwahrungsvertrag (so Wilutzky in DJZ. Jahrg. 1900 S. 294; Bondi in Holdheim Jahrg. 1903 S. 173), sondern reiner Verwahrungsvertrag (Cosack 476; Dernburg II 2. 521; Hancke in DJZ. Jahrg. 1900 S. 389; Jäger § 43 Anm. 9; Düringer-Hachenburg III 495; Staub II 1503; v. Schey 394); denn der Bankier „überläßt nicht nur den Raum für die Aufbewahrung, sondern übernimmt zugleich die Obsorge für den Inhalt dieser Privatkassa, indem er für die Überwachung des Verschlusses, sowie dafür haftet, daß nur dem dazu Legitimierten die Öffnung des Faches gestattet wird“. Der Verwahrungsvertrag ist allerdings hier insofern besonders gestaltet, als ein Mitverwahrungsverhältnis zwischen Hinterleger und Verwahrer besteht; denn das Safedepot steht im Mitbesitz (vgl. § 866 BGB.) des Bankiers und des Kunden (vgl. Dernburg II 2. 521; Düringer-Hachenburg III 495 ff.; Hancke a. a. O. 389; a. M. Brückner a. a. O. 251; Heinrici a. a. O. 820 ff.; Wilutzky a. a. O. 294). Da das Safedepot grundsätzlich als verschlossenes Depot zu gelten hat, treten die Verpflichtungen aus § 1 DG. in der Regel nicht ein (vgl. Düringer-Hachenburg III 496; v. Pechmann 6).

δ) Den Grundsätzen des Sonderdepots untersteht ferner der von Rießer 13 als „Sammeldepot“ bezeichnete Modus der Bankverwahrung, der darin besteht, daß die gleichartigen Effekten verschiedener Kunden in einem Raum gemeinsam, aber unter äußerlich erkennbarer Sonderung der dem einzelnen Hinterleger gehörigen Stücke aufbewahrt werden (vgl. auch Schweyer 11; Stenglein 284; v. Pechmann 9). Praktisch von Bedeutung, ist juristisch die Scheidung dieser Art der Aufbewahrung von dem gewöhnlichen Sonderdepot ohne Belang, da keine Rechts-, sondern nur eine Raumverschiebung stattfindet. Die Bezeichnung „Sammeldepot“ für diese Abart des Sonderdepots hat daher auch keine Verbreitung gefunden.

b) Das Sammeldepot.

α) Der Unterschied dieser Abart des regelmäßigen Bankverwahrungsvertrags von dem Sonderdepot äußert sich nach folgenden Richtungen:

αα) Der Verwahrer ist beim Sammeldepot ermächtigt, die von mehreren Hinterlegern eingelieferten Wertpapiere gleicher Gattung ohne Nummernaufgabe und ohne äußerlich erkennbare Trennung der Stücke nach Hinterlegern (anders in dem Falle sub a *δ*) jeweils zusammen, aber als ein von seinen eigenen Beständen gesondertes Gesamtgut aufzubewahren.

ββ) An der Gesamtmasse gleichartiger Depositen sind die mehreren Einleger Miteigentümer nach Maßgabe des Betrags der gelieferten Stücke. Das Gemeinschaftsverhältnis beruht auf dem Hinterlegungsvertrag, in welchem die einzelnen Deponenten dem Verwahrer die Ermächtigung zur Sammelverwahrung erteilen, nicht auf dem factum der Vermengung der von den verschiedenen Hinterlegern gelieferten Stücke (vgl. RG. 21, 38; Cosack 474; Dernburg II 2. 521; v. Schey 391; Staub II 1503; a. M. Lehmann-Ring II 308). Die Rechtsgemeinschaft unter den Hinterlegern entsteht demgemäß mit Abschluß dieses Vertrags d. h. da der Bankverwahrungsvertrag Realvertrag ist, mit der Übergabe der Depositen an den Verwahrer. Von dem Augenblick der Einlieferung an erlischt daher das Sondereigentum des einzelnen Deponenten, auch wenn eine Vermengung der eingelieferten mit gleichartigen vorhandenen Stücken anderer Kunden noch nicht stattgefunden hat oder überhaupt nicht stattfindet. Das einmal entstandene Gemeinschaftsverhältnis aber besteht so lange, als gleichnamige Stücke mehrerer Hinterleger sich im Depot befinden (vgl. RG. 21, 38), gleichgültig, ob dieselben zusammen verwahrt werden oder nicht. Ist der Verwahrer selbst an dem Sammeldepot beteiligt z. B. auf Grund Erwerbs des Anteils eines der Einleger, so tritt er rücksichtlich dieser seiner Quote in das Miteigentumsverhältnis mit seinen Kunden ein, bezüglich deren Anteile er zugleich Verwahrer bleibt (vgl. Lehmann-Ring II 308, 296).

γγ) Verfügungen des „Hinterlegers“ über das Depot richten sich nach den Regeln über das Miteigentum nach Bruchteilen §§ 1008 ff. mit 741 ff. BGB.

Eine Verfügung des „Verwahrers“ zum eigenen Nutzen ist wie beim Sonderdepot grundsätzlich ausgeschlossen. Die Anweisungen und Interessen der einzelnen Einleger sind nur insoweit zu beachten, als deren Anteile am Gesamtdepot reichen.

δδ) Die Rückgewähr hat in specie zu erfolgen, soweit die Gesamtheit der Einleger in Betracht kommt. Dem einzelnen Hinterleger gegenüber liegt naturgemäß generische Rückgewähr vor. Die Gefahr tragen alle Hinterleger anteilig.

β) Das Sammeldepot in diesem Sinn ist von eminent praktischer Bedeutung für den Giro-Effektenverkehr der Bank des Berliner Kassenvereins (vgl. § 8 der Geschäftsordnung dieses Vereins) und kommt insbesondere auch im Betriebe der Österreichischen Postsparkassen in ausgedehntem Maße zur Anwendung. Gleichwohl hat das Effekten-Sammeldepot in der Gesetzgebung Anerkennuug und Sonderregelung bisher nicht gefunden, insbesondere findet das Depotgesetz auf dieses Verhältnis keine Anwendung (vgl. Düringer-Hachenburg III 500; Lehmann-Ring II 308; Rießer 13; Staub II 1504). Dagegen hat das HGB. in seinem § 419 Grundsätze für das „Menglagergeschäft“ aufgestellt, die der Gleichartigkeit der Verhältnisse wegen auf das Effekten-Sammeldepot analog auszudehnen sind (vgl. Düringer-Hachenburg III 500; Lehmann-Ring II 308; Staub II 1504; Strohal in Holdheim Jahrg. 1893 S. 348 f.). Danach ist für die Begründung eines solchen depositum die ausdrückliche Ermächtigung der einzelnen Hinterleger erforderlich (vgl. § 419 I HGB.), aber auch beim Vorliegen der Voraussetzungen des § 1. 13. DG. genügend[6]) (vgl. dazu Begründung 47).

---

[6]) Cosack 473; Lehmann-Ring II 308; Schweyer 118; v. Pechmann 12 ff.; Staub II 1503 fordern dagegen auch in diesem Fall die Beobachtung der Formvorschrift des § 2 DG. in Konsequenz ihrer Anschauung, daß jede Erklärung, derzufolge das Depot vertretbarer Wertpapiere außer Banknoten und Papiergeld irgendwie anders geartet sein soll, wie das streng reguläre Sonderdepot, der Form des § 2 DG. bedürfe. Demgegenüber ist darauf hinzuweisen, daß einerseits von einer unmittelbaren Anwendung des § 2 DG. auf das Sammeldepot nach dem Wortlaut und der Bedeutung dieses Paragraphen, der lediglich den unregelmäßigen bezw. alternativ unregelmäßigen Bankverwahrungsvertrag im Auge hat, keine Rede sein kann, daß andererseits aber auch zu einer analogen Ausdehnung der Bestimmung in § 2 ein praktisches Bedürfnis nicht gegeben ist, da diese Depotart das Recht des Hinterlegers materiell unberührt läßt, die Vereinbarung eines so gearteten Verwahrungsverhältnisses daher für den Deponenten ungleich weniger bedeutungs- und verhängnisvoll werden kann, wie die Abrede eines depositum irregulare und sohin die für den unregelmäßigen Verwahrungsvertrag wertvolle Zweckbestimmung des § 2 DG.: durch erschwerte Formvorschrift das Publikum auf die einschneidenden Rechtsfolgen des geschlossenen Vertrags aufmerksam zu machen, für das Sammel-

c) Das Substitutionsdepot.

α) Die Elemente, welche für die Konstruktion dieser von v. Schey als reguläres Summendepot bezeichneten Modifikation des regelmäßigen Bankverwahrungsvertrags maßgebend sind, lassen sich so präzisieren:

αα) Das Depot eines jeden einzelnen Kunden ist unter dessen Namen im eigenen Verschluß zu verwahren.

ββ) Der Verwahrer ist befugt, die hinterlegten Stücke jederzeit gegen andere gleicher Art und Zahl Zug um Zug umzutauschen; jede sonstige Verfügung über das Depot ist ihm verwehrt.

γγ) „In dem Augenblick, in welchem der Bankier dem Depot eines Kunden Stücke entnimmt, erwirbt dieser ipso iure einen dinglichen Anspruch auf die entsprechende Stückzahl aus dem Vorrate des Bankiers." Der Hinterleger ist somit bei ordnungsgemäßer Substitution ipso iure Eigentümer der Ersatzstücke; unterläßt dagegen der Verwahrer die Substitution, so ist der Deponent gleichwohl durch die dingliche Verfangenschaft der zur Depotdeckung erforderlichen Quantität gleichartiger Stücke aus den Beständen des Depositars reell gedeckt, solange nur Papiere der betreffenden Gattung sich im Besitze des Bankiers befinden (zur Verteidigung dieses sogen. „dinglichen Deckungsanspruches" vgl. die Ausführungen bei v. Schey 377 ff.; ferner v. Schey in Holdheim Jahrg. 1896 S. 73; Strohal in Holdheim Jahrg. 1893 S. 343; v. Pechmann 14).

δδ) Die Rückgewährpflicht ist naturgemäß auf das genus der eingelieferten Papiere beschränkt; die Gefahr zufälligen Verlustes der jeweils für den Hinterleger ordnungsmäßig erliegenden Stücke trägt der Deponent.

β) Zweck dieser Depotart ist nicht die Möglichkeit der wirtschaftlichen Verwertung der Depositen durch den Verwahrer, sondern lediglich die Erleichterung der geschäftlichen Manipulation mit ihnen. Praktisch

---

depot entbehrlich erscheint. Gebietet danach weder das Gesetz noch das Interesse des Publikums die strenge Form des § 2 für das Sammeldepot, so wird von deren Beobachtung umso eher Abstand zu nehmen sein, als sie zweifellos eine Erschwerung des Geschäftsverkehrs bedeutet. Daß aber für die Aufnahme der eingelieferten Effekten in das Sammeldepot „ausdrückliche" Gestattung erforderlich ist, ist aus den gleichen Erwägungen nicht auf eine analoge Ausdehnung des § 700 II BGB. zurückzuführen, sondern ergibt sich aus § 419 HGB., dessen analoge Anwendung dem Wesen der Sache wie den Intentionen der Parteien entspricht.

ist das Substitutionsdepot insbesondere bei der Reichsbank und der österreichisch-ungarischen Bank in Übung (vgl. die Belege bei v. Schey 379). Trotzdem hat auch diese „vollkommen berechtigte und wirtschaftlich notwendige Zwischenstufe der Bankverwahrung" (so Rießer 23) in der Gesetzgebung das Bürgerrecht noch nicht erlangt; denn die von Schweyer[7]) gegebene Interpretation des § 2 DG., der zufolge der Gesetzgeber in dem ersten der zwei in Abs. 1 dieses Paragraphen unterschiedenen Fälle (in der Ermächtigung „gleichartige Wertpapiere zurückzugewähren") die hier in Frage stehende Depotart im Auge gehabt haben soll, scheitert — abgesehen von der Entstehungsgeschichte des § 2 DG. — an der Unvereinbarkeit der in Abs. 2 § 2 festgelegten Rechtsfolge solcher Ermächtigung mit der Existenz eines Substitutionsdepots, da gerade die Sonderverwahrung der eingelieferten bezw. umgetauschten Effekten ein wichtiges Element dieses Rechtsverhältnisses bildet, durch Abs. 2 aber zweifellos dem Verwahrer die Ermächtigung erteilt werden will, die eingelieferten Stücke „ohne jede Nummernfeststellung den eigenen Beständen anzureihen" (vgl Rießer 22 ff.). Es kann sohin auch hier von der Anwendung des DG. keine Rede sein; in Ermangelung analog verwertbarer Bestimmungen des Handelsgesetzbuchs bleiben daher als einzig maßgebende Rechtsquelle für das Substitutionsdepot lediglich die allgemeinen Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Verwahrung. Danach aber ist die Begründung des Substitutionsdepots an irgendwelche Form nicht gebunden,[8]) kann demnach auch stillschweigend erfolgen, wie sie in der Praxis dann immer stillschweigend erfolgt, wenn fungible Effekten „ohne Nummernaufgabe" in Depot gegeben und genommen werden.

d) Das Fiduziardepot:

α) Das Sammeldepot weicht in Richtung der Aufbewahrung, das Substitutionsdepot in Richtung der Verfügungsbefugnis des Verwahrers

---

[7]) a. a. O. 122 ff. Die Berufung auf Rießer und v. Schey gestattet wohl die Annahme, daß Schweyer das hier besprochene Substitutionsdepot in seiner Erörterung meint, wiewohl er die Ausdrücke Summendepot und Vermengungsdepot gebraucht.

[8]) In analoger Anwendung des § 700 II BGB. bezw. des § 2 DG. ausdrückliche bezw. schriftliche und ausdrücklich für den einzelnen Fall erteilte Ermächtigung als Voraussetzung der Umtauschbefugnis des Verwahrers zu fordern (vgl. z. B. v. Pechmann 14), ist aus den oben Anm. 6 für das Sammeldepot dargelegten Gründen abzulehnen.

von dem Sonderdepot als dem Normalfall der regulären Bankverwahrung ab. In beiden Fällen tritt als Konsequenz dieser Modifikationen an Stelle der dem streng regelmäßigen Verwahrungsvertrag wesentlichen individuellen Restitutionspflicht das Recht des Depositars, statt der hinterlegten Stücke Wertpapiere gleicher Art und Zahl zurückzugewähren.

Beim Fiduziardepot dagegen bewegt sich die Abweichung von dem Sonderdepot nach der Richtung, daß die Rückgewährpflicht in specie unberührt bleibt, wohl aber die zweite, der regelmäßigen Bankverwahrung wesentliche Seite (vgl. oben I, 1) modifiziert erscheint, indem hier das Recht am Depot zugunsten des Verwahrers eine, allerdings rein formelle Verschiebung erklärt (vgl. hierzu Eck-Leonhardt I 539). Recht und Pflicht der Kontrahenten gestalten sich nämlich hier so:

αα) Das Depot ist in strenger Sonderverwahrung zu halten.

ββ) Eigentümer des Depots ist der Verwahrer. Der Eigentumsübergang aber erfolgt fiduciae causa z. B. um den Empfänger in den Stand zu setzen, für den Hinterleger, ein an das Eigentum geknüpftes Bezugs- oder Stimmrecht auszuüben. Als fiduziarisches Geschäft aber ist der Vertrag zwar ernstlich und nach außen vollwirksam, so daß der Verwahrer Dritten gegenüber zur Geltendmachung seines Rechts unbeschränkt berechtigt ist; intern jedoch ist das Eigentum des Verwahrers rein formell und juristisch, materiell und wirtschaftlich bleibt das Depot im Rechte des Hinterlegers, bleibt sohin auch dessen Herausgabeanspruch durchaus gewahrt (vgl. RG. 45, 85; ferner Dernburg I 504; etwas abweichend mit gleichem Resultat Jäger § 43 Anm. 17 ff.).

γγ) Vermöge dieser internen Gebundenheit kann der Verwahrer über das Depot nur gemäß den Anweisungen und dem Interesse des Hinterlegers verfügen; er ist lediglich „Bevollmächtigter im Gewande des Eigenrechts“.

δδ) Die Rückgewähr des Depots hat in specie zu erfolgen; die Gefahr zufälligen Untergangs trägt auch hier der Hinterleger.

β) Die Zulässigkeit des Fiduziardepots ergibt sich aus der von der herrschenden Lehre anerkannten Zulässigkeit fiduziarischer Geschäfte im allgemeinen auch unter der Herrschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs (vgl. Dernburg I 504; Eck-Leonhard I 539; Jäger § 43 Anm. 18 mit reichhaltiger Literatur; hierzu auch v. Schey 352; ferner RG. 57, 177). Auch die Vereinbarung eines Fiduziardepots ist unabhängig von der Formvorschrift des § 2 DG. bezw. des § 700 II BGB.

2. Der unregelmäßige Bankverwahrungsvertrag (depositum irregulare, Depot mit Verschaffungsanspruch des Hinterlegers).

a) Der Gegensatz zwischen diesem meist als „Summendepot" bezeichneten Vertragsverhältnis (vgl. Cosack 473; Düringer-Hachenburg III 498; Staub II 1503 usw.) und der regulären Bankverwahrung kommt in folgenden Sätzen zum Ausdruck:

α) Von einer Verpflichtung des Verwahrers zu getrennter Aufbewahrung bestimmter Effekten ist nicht die Rede (vgl. § 2 II DG.); die übergebenen Stücke werden den Verwahrerbeständen angereiht.

β) Eigentümer der eingelieferten Wertpapiere ist von dem Augenblick der Übergabe an der Verwahrer.

γ) Der Verwahrer kann über die hinterlegten Objekte frei verfügen, ist jedoch andererseits verpflichtet, jederzeit eine gleichwertige Summe gleichartiger Wertgegenstände zur Disposition des Hinterlegers als dessen frei verfügbare Kassa zu halten. Die Möglichkeit der Verwirklichung dieses Doppelzwecks (einerseits die zur Kassahaltung erweiterte Obsorge über die anvertrauten Werte, andererseits die Nutzungsbefugnis des Verwahrers) beruht auf der Tatsache, daß dort, wo von einer Personenvielheit eine Mehrheit von Gattungssachen in berufsmäßige Obsorge gegeben ist, erfahrungsgemäß nicht alle Depositen der sämtlichen Hinterleger gleichzeitig zurückgefordert werden, so daß eben mit Rücksicht auf die vorhandene Menge gleichartiger und den steten Zugang neuer Depositen volle Sicherheit dafür, daß alle tatsächlich zu gewärtigenden Rückforderungsansprüche befriedigt werden können, die sogen. „Bankmäßige Deckung" bietet, d. h. die Deckung, bei welcher nur ein nach den Geschäftsverhältnissen zu berechnender Teil der Depositen zur augenblicklichen Rückzahlung bereit in barem aufbewahrt werden muß, während der Rest in kurzfristigen Geschäften nutzbringend angelegt werden kann. Diese bankmäßige Deckung wird dem Erfordernis der „Kassahaltung" umso eher genügen, als dem Bankier zur Rückgewähr stets ein modicum tempus wird zugebilligt werden müssen (vgl. Ofner in Holdheim Jahrgang 1892 S. 52; v. Schey 358ff.; Schweyer 55).

δ) Der Verwahrer ist bloßer Genusschuldner, trägt als solcher aber auch die volle Gefahr (§ 279 BGB.).

b) Depotgesetz und Bürgerliches Gesetzbuch erkennen ausdrücklich das Rechtsinstitut des Summendepots an (§ 2 Dg. bezw. § 700 BGB. vgl. Anm. 5). Während aber das Depotgesetz innerhalb seines Geltungsbereichs ausdrückliche, schriftliche und für jedes einzelne Geschäft erteilte Ermächtigung für Begründung eines depositum irregulare fordert, wofern nicht der Hinterleger selbst Bankier ist, genügt gemäß § 700 II BGB. bei den nicht unter das Depotgesetz fallenden Wertpapieren (z. B. Banknoten) zur Begründung eines unregelmäßigen Verwahrungsvertrags ausdrückliche Abrede und kann bei vertretbaren Sachen außer Wertpapieren die Vereinbarung der Summenverwahrung ausdrücklich oder stillschweigend geschehen. So wird insbesondere die Hinterlegung von Bargeld ohne besondere Bestimmung über die Art der Aufbewahrung im Zweifel als Summendepot aufzufassen sein.

3. Der alternativ unregelmäßige Bankverwahrungsvertrag.

a) Das Charakteristische der alternativ unregelmäßigen Bankverwahrung besteht in der dem Verwahrer im Vertrage eingeräumten facultas alternativa, das zunächst in der Form des depositum regulare gekleidete Verwahrungsverhältnis jederzeit ohne Mitwirkung des Hinterlegers in ein depositum irregulare zu wandeln. An sich erzeugt demnach die Abrede des alternativ unregelmäßigen Vertrags kein dingliches Recht des Verwahrers am Depot, wohl aber gibt sie ihm die Möglichkeit, in jedem Augenblick durch Vermischung, Verbrauch, Veräußerung, Verpfändung oder eine sonstige Aneignungshandlung sich zum Eigentümer der deponierten Objekte zu machen.

Das zunächst bestehende depositum regulare kann als Sonder-, Sammel-, oder Substitutionsdepot begründet sein. Je nach der gewählten Form bestimmen sich Recht und Pflicht der Aufbewahrung,[9]) der Verfügung und Rückgewähr; in jedem Fall aber bleibt bis zur „Aneignung“ Eigentum und Gefahr bei dem Hinterleger, gehen mit der „Aneignung“ Eigentum und Gefahr auf den Verwahrer über.

b) Durch § 700 I Satz 2 BGB. bezw. § 2 I Fall 2 DG. (vgl.

---

[9]) Insbesondere bleiben, soweit Sonderdepot in Frage steht, beim Mangel einer entgegenstehenden Bestimmung in § 2 Abs. 2 DG. die Verpflichtungen des Verwahrers zu gesonderter Verwahrung und Verzeichnung gemäß § 1 DG. unberührt. Vgl. Düringer-Hachenburg III 500; v. Pechmann 50.

oben Anm. 5) zum Gegenstand der gesetzlichen Regelung gemacht, bedarf die Begründung eines alternativ unregelmäßigen Verwahrungsvertrags der gleichen Form wie die Abrede eines reinen Summendepots.

§ 3.

Die Qualifikation des Bankverwahrungsvertrages.

Der objektive Zweck des Bankverwahrungsvertrages ist „Aufbewahrung einer Wertsache" und nur der Vertrag, der von dieser causa als seinem ausschließlichen oder doch hauptsächlichen Inhalt beherrscht wird, ist Bankverwahrungsvertrag (vgl. Anm. 1).

Sobald also der Charakter eines Obligationsverhältnisses durch einen andern als den genannten Zweck wesentlich bestimmt wird, ist die Annahme eines Bankverwahrungsvertrags oder auch nur einer Verbindung eines solchen mit einem zweiten Rechtsverhältnis ausgeschlossen, mag auch die Verwirklichung dieses anderen Geschäftszwecks die Notwendigkeit einer custodia mit sich bringen. Die Normen über Verwahrung finden daher in solchem Falle grundsätzlich keine Anwendung, wenn auch der Inhalt der Obsorgepflicht nach Analogie derselben zu bestimmen sein wird (vgl. v. Schey 294).

Andererseits aber bleibt der Vertrag Bankverwahrung doch auch dann, wenn zu der Hauptverbindlichkeit der Übernahme in Obsorge weitere nebensächliche Verpflichtungen, wenn zu der wesentlichen causa „entferntere Zwecke" hinzutreten; denn in „seiner rechtlichen Qualität bleibt das Geschäftsverhältnis dennoch durch jene erste causa beherrscht, wenngleich der entferntere Zweck unter Umständen auf seinen Bestand von Einfluß sein kann" (v. Schey 288 ff., 294, 297; vgl. ferner Cohn in E. III 885; Dernburg II 2. 515; Staudinger II 568; Schweyer 28; dazu Mot. II 570).

Verträge dieser letztgedachten Art werden nun im Gegensatz zu der einfachen Bankverwahrung, deren Zweck sich in der custodia durchaus erschöpft, als qualifizierte Bankverwahrung bezeichnet (vgl. Cohn in E. III 886). Als Qualifikationsgründe aber kommen in Betracht:

I. Der Nebenzweck der Verwaltung des Depots:

1. Während der reine Bankverwahrungsvertrag den Verwahrer

zu keinerlei positivem Tun verpflichtet, besteht das Charakteristische des „Verwaltungsdepots“ gerade darin, daß der Bankier zur Vornahme gewisser positiver Tätigkeiten verbunden sein soll, wie sie die Depotverwaltung mit sich bringt. Hierher gehört z. B. die Kontrolle der Ziehungen und Kündigungen, die Einziehung von Zinsen und Dividenden, der Umtausch verloster Wertpapiere, die Ausübung von Bezugsrechten usw.

2. Die juristische Analyse des so gearteten Vertragsverhältnisses führt zur Scheidung der Verwahrer- und der Verwaltungstätigkeit des Bankiers, unterstellt die erstere den Normen des reinen Verwahrungsvertrags und erkennt in der letzteren einen in den Verwahrungsvertrag hineingelegten Bestandteil eines zweiten Vertrags, der für sich allein bei Unentgeltlichkeit des Verhältnisses als Auftrag, bei Entgeltlichkeit als Dienstvertrag mit Geschäftsbesorgung charakterisiert werden müßte. Allein die Verpflichtung zur Depotverwaltung ist nicht der Ausfluß eines selbständigen Vertragsverhältnisses neben dem depositum, sondern eine Nebenleistung, die der Depositar in dem Verwahrungsvertrag neben der Hauptpflicht der custodia übernimmt: Nicht als kombiniertes Vertragsverhältnis von Dienstvertrag bezw. Auftrag und Verwahrung (so Düringer-Hachenburg III 497; Lusensky 47; v. Pechmann 7; ferner auch Begründung 37), sondern als qualifiziertes depositum (so Cohn in E. III 902 ff.; Lehmann-Ring II 307; v. Schey 291, 294 f.; Schwerer 19, 54, 119) erscheint das Verwaltungsdepot, solange nur der Inhalt des Vertrags durch die „Pflicht zur Aufbewahrung“ beherrscht wird. Denn ganz abgesehen davon, daß für die Leistungen des Bankiers stets nur eine einheitliche Vergütung gewährt wird, und daß der Vertrag nach außen hin eine vollkommen geschlossene Einheit bildet: Praktisch entscheidet, daß gewisse Normen des Dienstvertrages mit Geschäftsbesorgung — und bei der regelmäßigen Entlohnung der Verwaltungstätigkeit des Bankiers würde dieses Obligationsverhältnis zumeist in Betracht kommen — unvereinbar sind mit den Grundsätzen der Verwahrung, so daß sich bei der Annahme einer Kombination der beiden Verträge im Verwaltungsdepot vermöge der Gemeinsamkeit des Vertragsobjekts notwendig Kollisionen ergeben müssen. So könnte z. B. der Hinterleger als solcher gemäß § 695 BGB. auch bei Vereinbarung einer bestimmten Dauer der Aufbewahrung das Depot jederzeit zurückfordern, während er als Dienstberechtigter im

gleichen Falle gemäß §§ 675, 620 BGB. das Depot bis zum Ablauf der vereinbarten Zeit dem Verwahrer belassen müßte, um die Vornahme der erforderlichen Verwaltungshandlungen zu ermöglichen.

Die qualifizierte Natur des Verwaltungsdepots aber äußert sich insofern, als neben den Grundsätzen der Verwahrung für Inhalt und Dauer der Verwaltungspflicht, soweit dieselbe unabhängig von Recht und Pflicht der Verwahrung Gegenstand irgendwelcher Parteibestimmung wird, die Analogie der Rechtssätze maßgebend ist, die das Bürgerliche Gesetzbuch für Auftrag bezw. Dienstvertrag mit Geschäftsbesorgung aufgestellt hat.

3. Das Verwaltungsdepot kann seiner Zweckbestimmung zufolge nur unverschlossen hinterlegt werden; soweit es sich um Wertpapiere des Depotgesetzes handelt, treten daher die Verpflichtungen aus § 1 DG. ein. Der Vertrag ist notwendig regulär und häufig mit einem eigentlichen oder uneigentlichen Kontokurrentvertrag verbunden.

II. Der Nebenzweck der nutzbaren Anlage des Depots zugunsten des Hinterlegers.

1. Bei dieser Art des qualifizierten Vertrages, dem sogen. Nutzdepot, will der Hinterleger nicht nur der Obsorge über die in Verwahrung gegebenen Werte enthoben sein, sondern erwartet zugleich einen gewissen Ertrag des hinterlegten Kapitals. Die juristische Form, in welcher dieser Doppelzweck erreicht wird, ist der unregelmäßige Verwahrungsvertrag mit Zinsenversprechen des Depositars. Denn historisch wie wirtschaftlich sind die Depotzinsen als der von dem Bankier dem Kunden im Vertrage garantierte Ertrag der nutzbaren Anlage des Depots für den Hinterleger anzusehen und scheiden sich gerade dieser ihrer Herkunft nach — abgesehen von dem regelmäßig geringeren Zinsfuß — wesentlich von den Darlehenszinsen, die als Entgelt für die dem Darlehensempfänger überlassene Kapitalsnutzung sich charakterisieren (vgl. v. Schey 364 ff.).

2. Die Begründung des Nutzdepots setzt ausdrückliche, schriftliche und für das einzelne Geschäft erteilte Ermächtigung bezw. lediglich ausdrückliche Vereinbarung voraus, je nachdem es sich um Wertpapiere des Depotgesetzes handelt oder nicht (vgl. § 2 DG., § 700, II BGB.).

3. Zur praktischen Anwendung kommt das verzinsliche depositum hauptsächlich in dem Bankdepositengeschäft, das in der Hingabe einer Summe an einen Bankier zum Zwecke der Verzinsung und Rück-

erstattung der gleichen Summe, gleichviel ob diese in Geld oder in Wertpapieren gegeben ist, besteht. Dabei ist jedoch zu erwähnen, daß derartige verzinsliche Depositen weder von der deutschen Reichsbank, noch von der österreichisch-ungarischen Bank, weder von der Bank von England noch von der von Frankreich angenommen werden (vgl. die Belege bei v. Schey 366).[10])

III. Der Nebenzweck der Deckung des Verwahrers.

1. Qualifikationsgrund ist bei dieser Art der Bankverwahrung die Absicht der Parteien, in dem zunächst zum Zwecke der Aufbewahrung dem Empfänger anvertrauten Wertgegenständen zugleich die reale Sicherung eines vom Verwahrer dem Hinterleger auf Grund des Depotbesitzes eröffneten Kredits zu schaffen. Vermöge dieser Intention der Parteien scheidet sich einerseits dieses „Depot zur Deckung" von der reinen Bankverwahrung mit Vertragspfandrecht des Verwahrers am hinterlegten Gute, da im letzteren Fall eine Sicherstellung des Verwahrers für seine Forderungen gegen den Hinterleger lediglich aus dem „Verwahrungsvertrag", im ersteren dagegen aus dem auf Grund der Verwahrung zwischen den Parteien bestehenden „Kreditverhältnisse" bezweckt ist. Andererseits aber handelt es sich hier im Gegensatz zu den Rechtsverhältnissen, die zwar als „Depositum zur Deckung" (Schweyer 55) oder als „Kautionsdepot" (vgl. Düringer-Hachenburg III 501) bezeichnet werden, in Wahrheit aber reine Pfandverträge sind, doch um ein echtes depositum; denn die causa custodiae soll den Vertrag beherrschen, die Deckung des Verwahrers lediglich Nebenzweck sein. Daraus folgt, daß der Depositar nicht etwa zur Verwertung des Depots nach den Grundsätzen des Pfandrechts befugt sein darf, daß vielmehr der Sicherungszweck nur innerhalb der Grenzen des Verwahrungsvertrags verfolgt werden kann, soll das depositum nicht zum pignus werden.

Ruht nun aber bereits in der Tatsache des Depotbesitzes eine gewisse Deckung des Verwahrers, da er ja in dem Depot Vermögenswerte des Hinterlegers in Händen hat, die ihm dadurch tatsächlich als

---

[10]) Auch das Sparkassengeschäft gehört hierher. Denn auch hier ruht die causa des Vertrags in der „sicheren Aufbewahrung", erscheinen Verzinsung und allmähliche Vermehrung der Ersparnisse als Akzidentalien des Geschäftes (vgl. für und gegen diese Annahme v. Schey 367 f. und die dort zitierte Literatur).

Objekt der Exekution gesichert sind, oder ihm wenigstens als Gegenstand des regulären bürgerlichen oder kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts dienen können (vgl. v. Schey 297; aus diesem Grund wird das Verwaltungsdepot zugleich zum Kautionsdepot in unserm Sinn, sobald der Bankier auf die von ihm verwalteten Papiere kreditiert), so läßt sich der Doppelzweck des Depots zur Deckung darüber hinausgehend insbesondere durch vertragsmäßige Erweiterung des Retentionsrechts des Verwahrers praktisch verwirklichen. Denn wird von den Kontrahenten das bei der einfachen Bankverwahrung nur unter den Voraussetzungen der §§ 273 f. BGB. bezw. 369 f. HGB. dem Verwahrer zustehende Recht der Zurückbehaltung unabhängig von den gesetzlichen Schranken als für den ganzen Umfang des Kreditverhältnisses zugelassen vereinbart, so bleibt einerseits der Zweck der Aufbewahrung bezw. Kassahaltung causa proxima und wird andererseits eine über den normalen Umfang hinausreichende Sicherstellung des Empfängers erzielt.

2. Dem Kautionsdepot in diesem Sinn kann ein regelmäßiger oder unregelmäßiger Verwahrungsvertrag als Grundlage dienen. Im ersteren Fall hat der Bankier bezüglich der in seinen Gewahrsam gelangten Papiere die Pflichten aus § 1 DG., im letzteren findet § 2 DG. Anwendung, soweit in beiden Fällen Wertpapiere des Depotgesetzes in Betracht kommen.

§ 4.

Die Kombination des Bankverwahrungsvertrags mit einem zweiten selbständigen Rechtsgeschäft.

Während eine „ideale Konkurrenz“ der Geschäftszwecke, vermöge deren „ein und derselbe geschäftliche Tatbestand gleichzeitig den für zwei verschiedene Geschäftstypen statuierten Rechtsnormen unterläge“ (vgl. v. Schey 296), ausgeschlossen ist, für jedes Rechtsverhältnis vielmehr die für dessen wesentliche causa gegebenen Normen einzig maßgebend sind, ist ein Zusammentreffen mehrerer selbständiger Rechtsgeschäfte mit verschiedener Zweckbestimmung in einer geschäftlichen Beziehung, damit aber eine reale Konkurrenz der causae sehr wohl denkbar. Freilich setzt die Annahme einer solchen realen Konkurrenz die Möglichkeit voraus, den Geltungsbereich der einen causa von dem der andern

streng zeitlich sondern zu können. Denn nur dann, wenn diese Scheidung sich durchführen läßt, wird von einer Kombination zweier voneinander unabhängiger Geschäftstypen die Rede sein können, während andernfalls ein einheitliches Rechtsverhältnis angenommen werden muß, das ausschließlich der causa plenior gehorcht.

Gerade der Bankverwahrungsvertrag nun verbindet sich im Geschäftsverkehr ungewöhnlich häufig mit einem zweiten Obligationsverhältnis und zwar derart innig, daß beide Geschäfte zu einer Einheit verschmolzen scheinen, gleichwohl aber zwei selbständige Verträge gegeben sind (vgl. Begründung 37 f.).

In dreifacher Weise aber kann eine solche Kombination des Bankverwahrungsvertrags mit einem zweiten unabhängigen Rechtsgeschäft praktisch werden:

I. Der Bankverwahrungsvertrag geht kraft Parteiwillens in ein anderes Obligationsverhältnis über.

Für die Praxis des Bankverkehrs sind insbesondere zwei Fälle solcher Umwandlung von Bedeutung:

1. Bankverwahrungsvertrag und Darlehen.

Die Hinterlegung mit Verbrauchsgestattung, wie sie § 700 I, 2 BGB. bezw. § 2 I, 2 DG. vorsieht und die regelmäßig eine zeitliche Aufeinanderfolge von depositum regulare und irregulare darstellt, kann auch Darlehenszwecken dienen. Dann wandelt sich mit dem Moment der Aneignung der Verwahrungsvertrag in einen Darlehensvertrag um, so daß auch für Zeit und Ort der Rückgabe die Grundsätze des Darlehens maßgebend werden (vgl. Dernburg II 2. 515; Düringer-Hachenburg III 499; Oertmann 433; v. Pechmann 14; v. Schey 356; Windscheid II 567; ferner Begründung 47).

2. Bankverwahrungsvertrag und Pfandvertrag.

Der ursprüngliche Verwahrungszweck setzt sich in den Zweck der Sicherung des Verwahrers durch Pfandbestellung am hinterlegten Gute um. Damit geht auch hier der selbständige Verwahrungsvertrag unter und erscheint die Pflicht zur Aufbewahrung als Rechtsfolge des Pfandvertrags. Welcher der beiden Zwecke in concreto dem Geschäfte zugrunde liegt, wird nicht selten schwierig zu beurteilen sein; gleichwohl scheidet allein der nach der Intention der Parteien erstrebte Vertragszweck den mit „Verwahrung" verbundenen „Pfandvertrag" von dem „depositum mit Pfandrecht" des Verwahrers.

Gerade der Umstand aber, daß beim Pfandvertrag eine Verwahrung im fremden Interesse vorliegt und andererseits die Tatsache, daß im praktischen Verkehr beide Verträge oft völlig ineinander übergehen (vgl. Begründung 37), hat zu der gesetzlichen Gleichstellung der beiden Geschäfte im DG. (vgl. §§ 1, 2, 9, 11 DG.) geführt. Allein weder diese gesetzliche Gleichstellung, noch die im kaufmännischen Verkehr übliche Bezeichnung des Pfandgeschäfts von Wertpapieren als Depotvertrag (neben anderen Benennungen wie Lombardgeschäft, Deckungsgeschäft usw.) können die wirtschaftliche Verschiedenheit von depositum und pignus, hier Sicherung des Übergebers, dort des Empfängers verwischen.

II. Neben dem Bankverwahrungsvertrag besteht gleichzeitig ein zweites selbständiges Obligationsverhältnis, das sich mit jenem nur im Objekte berührt.

Hierher gehören folgende praktisch häufige Kombinationen:

1. Bankverwahrungsvertrag und Kontokurrentvertrag.

Der nach Umfluß der Kontokurrentsperiode gezogene Saldo wird als Passivsaldo aus dem Depot gedeckt, als Aktivsaldo dem Depot zugeführt.

2. Bankverwahrungsvertrag und Umtauschkommission, vermöge deren Stücke aus dem Depot zwecks Umtausches entnommen, die eingetauschten in Depot genommen werden, wobei für die Wertpapiere des Depotgesetzes die rasche Klarstellung der Eigentumsverhältnisse durch genaue Begrenzung des Zwischenstadiums von Entnahme aus dem Depot bis zur neuerlichen Indepotnahme in § 5, 6 DG. gesichert ist.

3. Bankverwahrungsvertrag und Verkaufskommission, vermöge deren einzelne Stücke aus dem Depot ausgeschieden werden, das Depot aber im übrigen bestehen bleibt. Dieser Fall wird insbesondere im Verkehr der Hypothekenbanken praktisch: die Hypothekenbank übersendet einem Bankier Pfandbriefe „mit der Ermächtigung, der gesondert zu verwahrenden Sendung jederzeit Stücke zum Verkauf zu entnehmen aber unter der Verpflichtung den Erlös unterscheidbar aufzubewahren oder alsbald abzuliefern" (sog. Konsignationsdepot; vgl. Jäger § 43 Anm. 27).

III. Der Bankverwahrungsvertrag schließt sich in zeitlicher Aufeinanderfolge an ein anderes Obligationsverhältnis an.

Praktische Bedeutung für den Bankverkehr gewinnt nach dieser

Richtung insbesondere die Kombination des Bankverwahrungsvertrags mit einer Einkaufskommission:

Der Einkaufskommissionär erwirbt zunächst das Eigentum am Kommissionsgut, ist jedoch verpflichtet, dasselbe auf den Kommittenten zu übertragen, sei es durch tatsächliche Tradition gemäß § 929 BGB., sei es durch constitutum possessorium gemäß § 930 BGB., sei es endlich, soweit Wertpapiere des Depotgesetzes in Frage stehen, durch Absendung des Stückeverzeichnisses nach §§ 3, 7. I, 4 DG. (vgl. dazu Düringer-Hachenburg III 364 f.; v. Pechmann 31; Rießer 28 ff.; Schweyer 127,; ferner Begründung 42 ff.).

Ist aber der Kommittent gemäß § 930 BGB. bezw. §§ 3, 7 DG. Eigentümer der im Depot des Kommissionärs verbliebenen Wertpapiere geworden,[11]) so tritt er dadurch in die rechtliche Stellung des Hinterlegers und der Kommissionär in die des Verwahrers ein, entspringt also mit dem Vollzug des Eigentumsübergangs aus dem Kommissionsverhältnis ein Verwahrungsverhältnis, dessen Form der Parteiwille bestimmt (§ 7 II DG.).

§ 5.

Die Mitwirkung mehrerer Bankiers bei Ausführung eines Bankverwahrungsvertrags.

I. Die Erfüllung der im Bankverwahrungsvertrag begründeten Pflichten läßt häufig im Verfolg eines und desselben Geschäftes die Beteiligung einer Mehrheit von Bankiers notwendig werden, sei es daß bei schlichter Verwahrung das Interesse des Hinterlegers (z. B. bei Aufruhr, Feuersgefahr, Wassersnot und ähnlichen Ereignissen; vgl. § 1, II DG.; § 692 BGB.; Begründung 41) oder ausdrückliche Abrede zwischen Hinterleger und Verwahrer, bei qualifizierter Verwahrung die Verpflichtung zur Depotverwaltung eine Versendung der bei dem einen Bankier hinterlegten Wertpapiere an einen zweiten erfordert, sei es, daß die Kombination von Verwahrung und Kommission — und auf

[11]) Über die Frage, ob der Kommissionär gerade die tatsächlich angeschafften Stücke in Depot zu nehmen hat, oder befugt ist, anstatt dieser gleichwertige andere einzulegen: vgl. RG. 5, 4; ferner v. Schey 381 Anm. 14 und die dort zitierte Literatur.

diesem Gebiete liegen die weitaus meisten hierher gehörigen Fälle — die Mehrheitsbeteiligung praktisch werden läßt (vgl. Begründung 38, 40, 44).

Andererseits ist der Eintritt eines zweiten Bankiers für den Kunden selbstredend nur im Falle des regulären Depots von Bedeutung; denn das im unregelmäßigen Verwahrungsvertrag begründete Eigentum des Verwahrers an den übergebenen Stücken schließt notwendig die Entstehung einer rechtlichen Beziehung des Kunden zu dem Drittempfänger dieser Depositen aus.

Als Gegenstand dieses komplizierten Geschäftsverkehrs kommen ausschließlich oder doch vornehmlich Wertpapiere in Betracht.

II. Die Tatsache, daß die Bankiers an kleinen Orten (die sogen. Lokalbankiers) zur Ausführung eines Auftrages, mag derselbe die Aufbewahrung, den Umtausch, Verkauf oder Einkauf von Wertpapieren zum Gegenstand haben, nicht selten die Bankinstitute an den Börsenplätzen (die Zentralbanken) heranziehen müssen, hat zur Folge, daß zwischen Lokal- und Zentralbankiers eine ständige Geschäftsverbindung zu bestehen pflegt, die sich zumeist als Kommissionsverhältnis charakterisiert (vgl. Stenglein 252). Die Rechtslage der dabei Beteiligten gestaltet im einzelnen sich so:

1. Abgesehen von dem Zurückbehaltungsrecht aus § 369 f. HGB. hat der Zentralbankier gemäß § 397 HGB. wegen aller Forderungen aus laufender Rechnung in Kommissionsgeschäften an dem gesamten in seinen Besitz gelangenden Kommissionsgut (vgl. dazu Düringer-Hachenburg III 381, 415, ferner Reichsoberhandelsgericht 20, 87) ein gesetzliches Pfandrecht. Vertragsmäßig pflegt dieses Pfandrecht dahin erweitert zu werden, daß sämtliche, gleichviel auf Grund welchen Geschäftes in den Besitz des Zentralbankiers gelangenden Effekten, (also auch die zu reiner Aufbewahrung von dem Lokalbankier dem Zentralbankier übermittelten Kundenpapiere) für sämtliche Ansprüche des Zentralbankiers gegen den Lokalbankier haften, sofern nur der Zentralbankier bonae fidei ist (vgl. § 366 HGB.). Gegen die für das deponierende Publikum hieraus sich ergebende Gefahr schützt § 8 DG., der dem Lokalbankier die Verpflichtung auferlegt, bei der Weitergabe eines Verwahrungs- oder Kommissionsgeschäfts über fremde Wertpapiere der in § 1 l. c. bezeichneten Art dem Zentralbankier mitzuteilen, daß die Papiere fremde seien, bezw. im Falle der Einkaufskommission, daß

die Anschaffung auf fremde Rechnung geschehe, und als Rechtsfolge solcher Mitteilung eine Beschränkung des Pfandrechts des Zentralbankiers an den übergebenen oder neubeschafften Papieren auf konnexe Forderungen statuiert. Über diese Bestimmungen des Depotgesetzes hinausgehend, hat aus praktischen Gründen eine Vereinigung von Berliner Banken und Bankinstituten durch Beschluß vom 21. 7. 1896 den nach § 8 DG. als fremd bezeichneten Wertpapieren jegliche Pfandhaftung abgesprochen (vgl. Rießer 46).

2. Zwischen dem Zentralbankier und dem Kunden entsteht aus der Weitergabe der Geschäftsausführung ein Rechtsverhältnis an sich nicht. Gleichwohl aber hat auch der Kunde gegenüber dem Zentralbankier gewisse Rechte. So kann er im Falle der Weiterhinterlegung als Depoteigentümer seine Effekten unmittelbar von dem Zentralbankier als dem Depotbesitzer vindizieren (§ 985 BGB.), so kann er ferner im Falle der Verkaufskommission den aus dem betätigten Verkauf in Händen des Zentralbankiers befindlichen Erlös unmittelbar von dem Zentralbankier herausverlangen (§ 392 HGB.).

3. Andererseits werden aber auch die rechtlichen Beziehungen zwischen Lokalbankier und Kunden durch die Einbeziehung des Zentralbankiers grundsätzlich nicht berührt. Der Kunde bleibt Hinterleger bezw. Kommittent, der Lokalbankier aus Verwahrung bezw. Kommission unmittelbar dem Kunden gegenüber berechtigt und verpflichtet. Insofern nur wirkt bei Weitergabe eines Verwahrungsvertrages der Eintritt des Zentralbankiers auf das Verhältnis zwischen dem Kunden und dem Lokalbankier ein als sich bei befugter Substitution die Haftung des Lokalbankiers auf ein ihm bei dieser Weitergabe zur Last fallendes Verschulden beschränkt (§ 691 BGB.), bei unbefugter Substitution aber auch auf den Zufall erstreckt, der das Depot in der Hand des Zentralbankiers trifft.

4. In seinem Verhältnis zu dem Zentralbankier ist der Lokalbankier Deponent bezw. Kommittent; in beiden Fällen hat er dem Zentralbankier gegenüber unbeschränkte Verfügungsgewalt über die in dessen Gewahrsam befindlichen Kundenpapiere, auch wenn er dieselben dem Zentralbankier ausdrücklich als fremde übergeben hat (vgl. Busemann 39 ff.; Lehmann-Ring II 249; Lusensky 75; v. Pechmann 47; Rießer 48 ff.; Schweyer 137 f.; a. M. Reichsgericht 41,

35; Kammergericht in der DJZ. Jahrg. 1897 S. 366; Düringer-Hachenburg III 420; Makower III 386; Staub II 1455 und Stenglein 255).

Zweiter Abschnitt.

Der strafrechtliche Schutz.

§ 6.

Aus den im Vorausgehenden dargestellten Grundsätzen über die Rechte und Pflichten der Kontrahenten beim Abschluß eines Bankverwahrungsvertrags wie über die Haftungsverhältnisse bei solchem Rechtsgeschäft ergibt sich in Anwendung der allgemeinen Normen ein weitgehender zivilrechtlicher Schutz der Bankverwahrung, dessen Verwirklichung für sein Wirkungsgebiet (§§ 1, 13 DG.) sicher zu stellen, den vornehmsten Zweck des Depotgesetzes bildet. Neben den zivilrechtlichen Schutz der Bankverwahrung aber tritt als notwendige Ergänzung der Schutz der Deponenten durch Normen strafrechtlicher Natur. Denn erst die Erweiterung der zivilrechtlichen Haftung des Verwahrers zu strafrechtlicher Verantwortlichkeit schafft die im Wege der Gesetzgebung erreichbare Sicherung des hinterlegenden Publikums gegen schuldhaftes, rechtswidriges Verhalten des Depositars, wenngleich auch „kein Gesetz der Welt, wie Rießer S. 8 sagt, Schurkereien verhindern, die Moral der Menschen herstellen kann, wenn sie Schiffbruch gelitten hat."

Vier Deliktsbegriffe aber dienen dem Strafrechtsschutz der Bankverwahrung[12]) außerhalb des Bankkonkurses: Unterschlagung, Depotveruntreuung, Untreue und Betrug (§ 246 RStGB., § 9 DG., §§ 266, 263 RStGB.). Unter ihnen ist von weitaus größter Bedeutung der Tatbestand der Unterschlagung:

I. § 246 RStGB. bestimmt:

„Wer eine fremde bewegliche Sache, die er im Besitz oder Ge-

---

[12]) Die Frage der Gestaltung des Strafrechtsschutzes im Falle der Kombination des Bankverwahrungsvertrags mit einem zweiten selbständigen Rechtsgeschäft kann im Rahmen dieser Arbeit nicht zur Erörterung gelangen; es entfällt daher insbesondere die Darstellung der strafrechtlichen Haftung des Bankiers bei der reellen Depositenkommission wie bei der Verbindung von Verwahrung und Pfandvertrag.

wahrsam hat, sich rechtswidrig zueignet, wird wegen Unterschlagung mit Gefängnis bis zu drei Jahren, und, wenn die Sache ihm anvertraut ist, mit Gefängnis bis zu fünf Jahren bestraft."

1. Gegenstand der Unterschlagung ist danach eine fremde, bewegliche im Gewahrsam (vgl. Häring 11) des Täters befindliche Sache. Daraus folgt für die Bankverwahrung:

a) Wertpapiere und damit die wichtigsten Gegenstände der Bankverwahrung unterliegen als bewegliche Sachen der Unterschlagung; mit der Unterschlagung eines Wertpapieres ist aber zugleich kraft dessen Charakters als einer dispositiven Urkunde der im Papier verkörperte Wert der Forderung unterschlagen.

b) Der Begriff „fremde" Sache bedeutet eine nach den Grundsätzen des Zivilrechts in fremdem Eigentum stehende Sache (vgl. R. 3. 152, 343 — 21, 367; ferner Begründung 36). Da im unregelmäßigen Verwahrungsvertrag der Empfänger unmittelbar mit der Übergabe Eigentümer der in Obsorge gegebenen Werte wird, kann hier von Unterschlagung nicht die Rede sein; wohl aber ist bei alternativ unregelmäßigem Verwahrungsvertrag für den Fall, daß im Sinne des Vertrags dem Empfänger nur unter bestimmten Voraussetzungen die Verbrauchsgestattung zugestanden ist, mit jeder vertragswidrigen „Aneignung" eine Unterschlagung begangen (ROHG. 20, 66). Beim Sammeldepot ferner haftet der Verwahrer im Falle der Aneignung eines Stückes aus der Gesamtmenge der vereinigten Depots wegen Unterschlagung (vgl. dazu Schweyer 83 ff.) wie beim Fiduziardepot kraft des materiellen Rechts des Hinterlegers ein Vergehen aus § 246 RStGB. möglich ist. Beim Substitutionsdepot endlich liegt in der Entnahme von Stücken aus dem Depot ohne ordnungsmäßige Substituierung anderer „keine Unterschlagung, wenn und soweit die dingliche Deckung dafür in den Effektenbeständen des Bankiers tatsächlich vorhanden ist, wohl aber, wenn und soweit diese Voraussetzung nicht zutrifft" (vgl. hierzu die Ausführungen bei v. Schey 381 ff. insbesondere 387).

c) Da bei regulärer Bankverwahrung die Effekten auf Grund des Verwahrungsvertrags unter gleichzeitiger Verpflichtung zur „Rückgabe" übergeben und übernommen werden, hat das Depot als „anvertraut" im Sinne des § 246 RStGB. zu gelten (vgl. Rechtspr. 3, 473), steht sohin regelmäßig der erweiterte Strafrahmen aus § 246 zur Verfügung.

2. Die Ausführungshandlung der Unterschlagung besteht in der „Zueignung“, d. h. nicht etwa in der Erlangung des begrifflich notwendig schon vorhandenen Gewahrsams (R. 4, 404 — 5, 218 — 10, 261 — 17, 59), sondern in der „Ausübung des Eigentumsinhalts“ (vgl. v. Liszt 431, 415). An sich fällt danach auch die unbefugte Verpfändung eines zu regulärem Depot übergebenen Wertgegenstandes durch den Verwahrer unter den Begriff der Unterschlagung; denn regelmäßig wird sich dieselbe als ein Akt eigentumsgleicher Beherrschung des Depots, sohin als „Zueignung“ darstellen. Sobald aber der verpfändende Verwahrer die nachgewiesene ernste Absicht und zugleich die begründete Aussicht jederzeitiger Wiedereinlösung der verpfändeten Wertpapiere hatte, wird nach der Rechtssprechung des Reichsgerichts (vgl. R. 2, 25 ff. — 5, 7; Goldammers Archiv 19, 814; Rechtspr. 2, 402; ferner auch Begründung 35 f.) die Verpfändung durch die Strafbestimmung des § 246 nicht getroffen, da eine solche objektiv widerrechtliche Verfügung über das Depot nicht als Zueignung im Sinne des § 246 RStGB., sondern lediglich als strafloses furtum usum erachtet werden könne (vgl. Busemann 45; Häring 17 f.; v. Liszt 416; Lusensky 20; Olshausen II 927; Oppenhof 614; v. Pechmann 53; Schweyer 79 f.; Stenglein 257).

3. Die Zueignung muß schließlich bewußt rechtswidrig erfolgen.

Nach dieser Richtung gewinnt für die Bankverwahrung namentlich die Frage Bedeutung „ob und inwieweit bei der objektiv rechtswidrigen Zueignung fremder vertretbarer Sachen die Absicht des Täters den Eigentümer durch Rückgewähr von tantundem eiusdem generis schadlos zu halten“ das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit ausschließt (vgl. Begründung 36 f.). Das Reichsgericht (5, 304 — 7, 351 — 14, 242 — 21, 366, vgl. auch 5, 55) steht in dieser Frage auf dem Standpunkt, daß das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit dann fehle, eine Strafbarkeit aus § 246 sohin ausgeschlossen sei, wenn bei objektiv rechtswidriger Zueignung das Zusammentreffen der Ersatzabsicht des Täters mit der zur Zeit der Aneignung durch bereite Mittel gewährleisteten Möglichkeit jederzeitiger Ersatzleistung den Depositar das Einverständnis des Deponenten mit der Aneignung habe annehmen lassen können.

II. Diesen von dem Reichsgericht vertretenen Rechtsanschauungen zufolge, versagt der Tatbestand der Unterschlagung und damit der wichtigste Deliktsbegriff, den das Strafgesetzbuch zum Schutz der Bank-

verwahrung bereit zu stellen vermag, in einer Reihe von Fällen, in denen zweifellos ein an sich rechtswidriges Verhalten des Verwahrers in Frage steht. Anderweitig im Strafgesetzbuch können derartig gelagerte Fälle rechtswidriger Verwendung anvertrauter Wertpapiere aber ebenfalls nicht mit Sicherheit untergebracht werden, so daß sie nach demselben häufig ungeahndet bleiben müssen. Mit der hierin ruhenden Unzulänglichkeit der strafrechtlichen Schutzvorschriften verband sich ferner vor dem Inkrafttreten des DG. eine Unsicherheit der Rechtsprechung auf dem Gebiete der Bankverwahrung, da sich aus der herrschendeu Unklarheit über die Eigentumsverhältnisse am Depot (vgl. dazu Begründung 38 ff.) eine Fülle von Zweifeln ergab, ob die dem Bankier anvertrauten Wertgegenstände in concreto als „fremde" Sache im Sinne des § 246 RStGB. angesprochen werden könnten und als solche von dem Verwahrer angesehen werden mußten.

Hier schuf nun das DG. Abhilfe durch einen in dreifacher Richtung sich bewegenden Ausbau des bis dahin zur Verfügung stehenden Strafrechtsschutzes der Bankverwahrung.

1. Der Begriff der „fremden" Sache ist durch die Fixierung der Eigentumsverhältnisse am Depot, wie sie durch die §§ 1, 3, 5, 7 DG. erfolgt ist, klargestellt und festgelegt; damit ist eine feste zivilrechtliche Grundlage für die Anwendung des § 246 RStGB. geschaffen.

2. Gemäß § 2 DG. setzt jede Verfügung des Verwahrers über das Depot, soweit dieselbe nicht durch das Interesse des Hinterlegers geboten ist oder in Ausübung eines bestehenden Rechts vorgenommen wird, die ausdrückliche und schriftliche Ermächtigung des Deponenten voraus. Ist durch diese Bestimmung die Annahme eines stillschweigenden Einverständnisses des Eigentümers mit Verfügungen des Verwahrers über das Depot grundsätzlich ausgeschlossen (vgl. Apt 40 f.; Busemann 47; Lusensky 39 im Einklang mit der Begründung 45; teilweise a. M. Häring 26 ff.; v. Pechmann 48 ff.), so entfällt für das Wirkungsgebiet des Depotgesetzes regelmäßig die wichtigste der drei Voraussetzungen, deren Zusammentreffen das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit als nicht gegeben gelten ließ. Damit aber ist die Anwendbarkeit des § 246 RStGB. für eine Reihe bisher straffrei gebliebener Fälle sicher gestellt.

3. Schließlich hat das Depotgesetz, um die Fälle strafrechtlich erfassen zu können, die infolge der engen Begrenzung des Begriffs der

„Zueignung“ als Ausführungshandlung der Unterschlagung straflos bleiben mußten, für seinen Geltungsbereich (vgl. §§ 1, 13, 12 DG.) in § 9 einen neuen Tatbestand, den der Depotveruntreuung, geschaffen. „Wenn ein Kaufmann über Wertpapiere der in § 1 bezeichneten Art, welche ihm zur Verwahrung übergeben sind, außer dem Falle des § 246 RStGB. zum eigenen Nutzen oder zum Nutzen eines Dritten rechtswidrig verfügt, wird er mit Gefängnis .... bestraft.“ Vermöge dieser allgemeinen Fassung läßt der § 9 DG. eine viel ausgedehntere Anwendung zu als der § 246 RStGB.; denn indem das Gesetz als Ausführungshandlung der Depotveruntreuung die rechtswidrige „Verfügung“ bezeichnet, als solche aber „jede auch nur vorübergehende Bestimmung über das Schicksal der anvertrauten Wertpapiere zu gelten hat, insofern nur durch diese Bestimmung eine Veränderung in dem Verhältnis des Auftraggebers zu den Wertpapieren herbeigeführt wird“ (vgl. R. 11, 412; Häring 20), indem ferner das Gesetz nicht nur die Verfügung „zu eigenem Nutzen“, sondern auch die „zum Nutzen eines Dritten“ (vgl. dazu Häring 29f.; v. Pechmann 48) unter Strafe stellt, ermöglicht es die strafrechtliche Verfolgung einer Reihe von Handlungen, die als „Unterschlagung“ nicht geahndet werden konnten. So bilden namentlich die zum Nutzen des Verwahrers oder eines Dritten erfolgende rechtswidrige „Verpfändung“ von Depots oder deren Benutzung zu Deportgeschäften (vgl. Begründung 45), soweit in ihnen keine rechtswidrige Zueignung zu erblicken ist, rechtswidrige Verfügungen im Sinne des § 9 DG.

Andererseits erfordert aber auch der Tatbestand des § 9, daß jene „Verfügung“ nicht nur objektiv rechtswidrig, sondern auch subjektiv vorsätzlich erfolgt sein muß, daß ferner das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit auf Seite des Täters vorliegt und daß es sich schließlich um eine Verfügung handelt, die „das Eigentum berührt“. Mangels einer solchen zählt z. B. die Benutzung anvertrauter Aktien zur Ausübung des Stimmrechts in der Generalversammlung nicht zu den rechtswidrigen, aus § 9 strafbaren Verfügungen, vielmehr bewendet es hierfür bei der Bestimmung des § 318 HGB. (vgl. hierüber Begründung 47 und über weitere Beispiele Häring 23).

Mit dem Delikt aus § 246 RStGB. steht die Depotveruntreuung des § 9 DG. nicht in Ideal- (so Apt 40; Häring 33), sondern in

Gesetzeskonkurrenz (Kunreuther 131; Lusensky 82; v. Pechmann 56; Schweyer 144; Stenglein 256).

Für die Teilnahme endlich gelten keine besonderen Grundsätze (vgl. dazu Stenglein 256).

III. Die Depotveruntreuung ist nicht ein Sonderfall der Unterschlagung; sie repräsentiert vielmehr einen eigenen Tatbestand, der den der Unterschlagung ergänzt und den Übergang von dieser zur Untreue herstellt. Der Untreue aber macht sich gemäß § 266 Ziff. 2 RStGB. schuldig, wer als Bevollmächtigter über Forderungen oder andere Vermögensstücke des Auftraggebers absichtlich zum Nachteil desselben verfügt. Als Verletzung von Forderungsrechten sondert sich die Untreue einerseits von der Unterschlagung als der Verletzung eines dinglichen, des Eigentumsrechts, wie sie sich andererseits von der Depotveruntreuung dadurch unterscheidet, daß bei letzterer ein Handeln zum „Nutzen" genügt, während die Untreue ein Handeln „zum Nachteil" erfordert.

Da in vielen Fällen nun der Verwahrer, wenn auch nur intern, kraft Rechtsgeschäfts zur Vertretung der Vermögensangelegenheiten des Deponenten berechtigt und verpflichtet, sohin als Bevollmächtigter im Sinne des § 266 Ziff. 2 RStGB. zu erachten ist (vgl. R. 11, 243 — 13, 196), kann auch der Tatbestand der Untreue zur Ahndung eines rechtswidrigen Verhaltens im Bankverkehr von praktischer Bedeutung werden (vgl. z. B. den Fall in der Entscheidung des R. 26, 111: „Untreue, durch Verfügung über Reichsbankdepotscheine"), wenn auch der Schutz des § 266 der durch die §§ 246 RStGB. bezw. 9 DG. gewährleisteten Sicherung des Publikums gegenüber von untergeordnetem Werte ist (vgl. Begründung 37).

IV. Noch beschränkter aber ist die Anwendungsmöglichkeit des § 263 RStGB. im Gebiete der Bankverwahrung, da es zwar Fälle gibt, in denen sich eine Verfügung des Bankiers über das in seiner Verwahrung befindliche Depot als eine von dem Verwahrer durch arglistige Täuschung in Bereicherungsabsicht herbeigeführte Vermögensbeschädigung des Hinterlegers qualifizieren läßt (vgl. z. B. den Fall bei Schweyer 89), diese Fälle aber seltene Ausnahmen bilden.

Zweites Kapitel.

Der Bankverwahrungsvertrag unter der Einwirkung des Bankkonkurses.

Erster Abschnitt.

Der zivilrechtliche Einfluß des Bankkonkurses auf den Bankverwahrungsvertrag.

A. Der einfache Bankverwahrungsvertrag im Bankkonkurs.

§ 7.

Im allgemeinen.

I. Die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Depositars führt nicht etwa von Rechts wegen die Auflösung des Bankverwahrungsvertrages herbei;[13] Recht und Pflicht aus dem Vertrag bleiben vielmehr trotz der Konkurseröffnung an sich unberührt. Nach wie vor bestehen Obsorge- und Rückgewährpflicht, Haftung für eigenes und fremdes Verschulden auf der Verwahrerseite; nach wie vor kann der Hinterleger jederzeit das Depot zurückfordern, ist er dagegen nur nach Maßgabe des § 696 BGB. zu dessen Rücknahme aus der Bankverwahrung verpflichtet.

Wohl aber ergeben sich aus dem Wesen des Konkurses (Universalexekution, par conditio creditorum) auch für das Verhältnis zwischen Hinterleger und Verwahrer eine Reihe von Modifikationen, die, durch die verschiedenen Unterscheidungsmerkmale des Vertrages bedingt, am

---

[13]) Mangels einer Sondervorschrift der KO. (vgl. §§ 18—24 KO.) oder des bürgerlichen Rechts § 25 KO.

zweckmäßigsten in Anknüpfung an die Arten der Bankverwahrung zur Darstellung gelangen:

II. Die Bankverwahrung ist befristet oder zeitlich nicht begrenzt, erfolgt entgeltlich oder unentgeltlich, in der Form des regelmäßigen oder unregelmäßigen Vertrags (vgl. oben § 2 A—C). Dieser dreifache Gesichtspunkt ist der Konkursbetrachtung zugrunde zu legen; denn je nach der in den Vordergrund gerückten Seite des Vertragsverhältnisses ergibt sich eine verschiedene Seite der Einwirkung des Bankkonkurses.

1. Die Tatsache der Befristung des Vertrages ist für das Recht des Verwahrers die Rücknahme der hinterlegten Sache zu fordern, von Belang (§ 696 BGB.). Schon außerhalb des Konkurses durch abweichende Geschäftsbedingungen der Bankinstitute z. B. der Deutschen Bank und der Reichsbank (vgl. Planck II § 696 Anm 3.) regelmäßig außer Kraft gesetzt, ist für den Konkursfall auch mangels solcher Vereinbarung die durch § 696 II BGB. verfügte Beschränkung des Verwahrers beinahe bedeutungslos. Denn einerseits wird die Konkurseröffnung den Kunden in den meisten Fällen zur Erhebung seines Depots veranlassen, andererseits bildet die Vergantung des Bankiers in Verbindung mit der Einstellung des Geschäftes (vgl. §§ 129, 122 KO.; Jäger § 6 Anm. 22), zweifellos einen zu sofortiger Vertragsauflösung berechtigenden „wichtigen" Grund im Sinne des § 696 II BGB. und schließlich greift bei Entgeltlichkeit des Verhältnisses der § 17 KO. (vgl. unten sub 2) ein. Praktisch wird somit der Ausschluß vorzeitiger Kündigung seitens des Verwahrers nur in dem einen Falle, daß trotz der Konkurseröffnung der Hinterleger das Depot für die vereinbarte Zeit in unentgeltlicher Verwahrung belassen möchte, das Geschäft weiter geführt wird und eine die Rücknahmepflicht des Hinterlegers modifizierende Abrede nicht getroffen ist.

2. Die Scheidung von entgeltlichem und unentgeltlichem Bankverwahrungsvertrag spielt im Bankkonkurs bei der Bestimmung des Einflußes eine Rolle, den der Konkursverwalter auf das Vertragsverhältnis auszuüben vermag. Die Untersuchung dieser Frage führt ausholend zu folgenden Erwägungen.

a) Mit zeit- und ortgerechter Rückgewähr des Depots (§§ 696, 697 BGB.) bezw. mit der Ausfolgung einer gleichen Menge gleichartiger Wertgegenstände im Falle des § 700 BGB., § 2 DG. und

mit der Herausgabe allenfalsiger Nebenleistungen (z. B. gemäß § 698 BGB.) an den Hinterleger ist der Bankverwahrungsvertrag von der Verwahrerseite erfüllt. Andererseits ist der Hinterleger mit Rücknahme des Depots, event. von tantundem, und mit der Befriedigung etwaiger Gegenrechte des Verwahrers (§§ 693, 694 BGB.) seinen Verpflichtungen aus dem Vertrag nachgekommen.

Beiderseits vollständige Erfüllung vor Konkurseröffnung behält auch im Konkurse — abgesehen von den §§ 29 ff. KO. — ihre Kraft; mit vollständiger Erfüllung seitens einer Vertragspartei aber vereinfacht sich das Verwahrungsverhältnis für den Konkurs nach Art der einseitigen Verträge (vgl. Jäger § 17 Anm. 24; Petersen-Kleinfeller 92). Hat nur der Hinterleger erfüllt, so macht er seinen Rückforderungsanspruch als Aussonderung oder als Konkursforderung, je nach Art des Depots (vgl. unten sub 3), geltend; hat nur der Gemeinschuldner erfüllt, so verfolgt der Konkursverwalter als Vertreter des Kridars (vgl. unten § 8 A I, 2) die Rechte des Verwahrers gegen den Hinterleger. So hat der Verwalter insbesondere rückständige Depotgebühren zur Masse einzuziehen und ist zur Nachforderung für die Masse berechtigt, wenn der Hinterleger trotz Kenntnis der Konkurseröffnung (Verteilung der Beweislast: § 8 II, III KO.) an den Gemeinschuldner geleistet hat (§ 8 KO.; vgl. v. Völderndorff I 191 ff.).

b) In beiden Fällen läßt die Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit des Vertrages die Stellung der Kontrahenten unberührt; ist dagegen der Bankverwahrungsvertrag zur Zeit der Konkurseröffnung beiderseits nicht oder nicht vollständig erfüllt, so gewinnt die auf die Entgeltlichkeit des Verhältnisses abgestellte Unterscheidung praktische Bedeutung:

α) Der entgeltliche Vertrag ist gegenseitiges Schuldverhältnis, untersteht somit, da die aus der Verwahrung entspringenden Verpflichtungen des Depositars vertretbarer Natur sind (vgl. dazu Jäger § 17 Anm. 27; Petersen-Kleinfeller 91), der Regel des § 17 KO. Kündigt der Konkursverwalter in Ausübung seines Wahlrechts aus § 17 KO. (vgl. dazu die §§ 133 II, 136 und 135 KO.) den Verwahrungsvertrag, so muß der Depotkunde sein Depot sofort zurücknehmen, eventuell, wenn er mit der Rücknahme in Verzug kommt, sich gefallen lassen, daß der Konkursverwalter die Depositen gemäß § 372 ff. BGB. öffentlich hinterlegt. Andrerseits aber erwächst dem Hinterleger aus der Erfüllungsablehnung ein gemäß § 26 Satz 1 KO. als Kon-

kursforderung zu verfolgender Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung (vgl. Jäger § 17 Anm. 43). Entscheidet sich dagegen der Konkursverwalter für die Erfüllung des Vertrages, so übernimmt er seinerseits an Stelle des Gemeinschuldners die volle Verpflichtung aus dem Verwahrungsverhältnis, zwingt aber auch den Hinterleger zur vollständigen und rechtzeitigen Erfüllung seiner Verbindlichkeiten zur Masse. Insbesondere beim Vertrag über Verwahrung im safe wird der Vorteil der Masse den Konkursverwalter die Erfüllung des Vertrags wählen lassen, da dieser Vertrag regelmäßig in dem Sinne abgeschlossen wird, daß das Depot zwar jederzeit erhoben werden kann, die Vergütung aber für die vereinbarte Zeit entrichtet werden muß, mag der Tresor benutzt werden oder nicht (vgl. Hancke in DJZ. Jahrg. 1900 S. 389). Besteht also in solchem Falle der Konkursverwalter auf der Erfüllung des Vertrags, so hat der Depotkunde die volle Gebühr zur Masse einzuzahlen, auch wenn er das Depot vor Ablauf der Zeit dem Tresor entnimmt (vgl. Düringer-Hachenburg III 502; auch Dernburg II 2. 521 Anm.).

Das Rückforderungsrecht des Hinterlegers aus § 695 BGB. wird durch § 17 KO. nicht berührt.

β) Bei Unentgeltlichkeit dagegen ist der Bankverwahrungsvertrag unvollkommen zweiseitig, der § 17 KO. sohin unanwendbar. Der Konkursverwalter ist daher beim Vorliegen der sonstigen (oben sub 1 erörterten) Voraussetzungen nicht in der Lage vor Ablauf der vereinbarten Zeit den Vertrag zu kündigen, während der Hinterleger auch hier jederzeit seinen Rückforderungsanspruch geltend machen kann.

3. Eine dritte Seite des Konkurseinflusses auf den Bankverwahrungsvertrag ergibt sich aus dem Gesichtspunkt der Regelmäßigkeit bezw. Unregelmäßigkeit der Verwahrung. Die hierauf abgestellte Unterscheidung ist von maßgebender Bedeutung für die Rechtsstellung der Kontrahenten im Bankkonkurs. Denn auf diesem Gegensatze beruht die mit der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Depositars eintretende Zweiteilung der Depotkunden in „Aussonderungsberechtigte“, die unabhängig vom Konkursverfahren ihre Ansprüche gegenüber der Masse nach demjenigen Rechte geltend machen, daß maßgebend sein würde, falls der Bankier nicht in Konkurs geraten wäre (§ 43 KO.), und in „Konkursgläubiger“, die ihre Forderung auf Befriedigung aus der

Masse nur nach Maßgabe der Vorschriften für das Konkursverfahren verfolgen können (§ 12 KO.).

Die Darstellung der aus dieser Scheidung sich ergebenden Konsequenzen für die Rechtsstellung des Hinterlegers im Bankkonkurse bildet den Gegenstand des folgenden Paragraphen.

§ 8.

Insbesondere unter dem Gesichtspunkt der Regelmäßigkeit bezw. Unregelmäßigkeit des Vertrags betrachtet.

A. Bankkonkurs und regelmäßiger Bankverwahrungsvertrag.

Der regelmäßige Bankverwahrungsvertrag, mag er in der Form des Sonder- oder Sammeldepots, des Depots mit Umtauschbefugnis oder mit fiduziarischem Eigentum des Verwahrers begründet sein, wahrt materiell in jedem Fall das Recht des Deponenten am Depot und sichert demgemäß dem Hinterleger stets den Anspruch auf unmittelbare „Rückgabe" der in Verwahrung befindlichen Objekte. Dieser „Herausgabeanspruch" ist dinglicher Natur, wenn der Hinterleger zugleich Eigentümer des Depots ist; er ist dagegen rein obligatorisch, wenn das Eigentum an dem hinterlegten Gute einem andern als dem Hinterleger zusteht. In beiden Fällen aber hat der Anspruch Aussonderungskraft im Bankkonkurs; denn mit dem Herausgabeanspruch des Hinterlegers ergibt sich von selbst, daß das Depot dem Verwahrer, jedenfalls im Sinne des § 43 KO., „nicht gehört" (vgl. Jäger § 43 Anm. 3; Sarwey-Bossert 196) und eben darum im Konkursfall aus der Masse auszuscheiden und dem Berechtigten zurückzugeben ist. Daher der Grundsatz:

„Bei regelmäßigem Bankverwahrungsvertrag ist im Bankkonkurs das Depot der Aussonderung unterworfen."

I. Subjekt der Aussonderung:

1. Aussonderungsberechtigt ist der Hinterleger und zwar als solcher, mag er Depoteigentümer sein oder nicht. Steht der dingliche und der obligatorische Anspruch auf Herausgabe des Depots verschiedenen Personen zu, so treffen im Konkurs die Aussonderungsansprüche des Hinterlegers und des Depoteigentümers zusammen. Solange aber der Hinterleger dem Depoteigentümer gegenüber zum Besitze berechtigt ist, darf auch der Konkursverwalter das Rückgewährbegehren des Eigentümers zurückweisen (§ 986 I, 1 BGB.).

Des näheren bedarf die Frage nach dem Subjekt des Aussonderungsanspruchs der Untersuchung nur für das Sammeldepot:

Die mehreren am Sammeldepot beteiligten Einleger sind Miteigentümer nach Bruchteilen (vgl. oben § 2 C. II, 1 b) und als Depoteigentümer aussonderungsberechtigt (vgl. Dernburg II 2. 521; Cosack 474; Düringer-Hachenburg III 502; Lehmann-Ring II 308; Staub II 1 503). Der Aussonderungsanspruch aber ist nicht etwa gemeinschaftlich geltend zu machen (die mehreren Hinterleger sind nicht Gesamtgläubiger); vielmehr ist jeder einzelne Deponent befugt, den ihm gebührenden Anteil, ohne irgendwie an die Mitwirkung der übrigen Gemeinschaftsgenossen gebunden zu sein, für sich auszusondern (vgl. Düringer-Hachenburg III 502). Ist der Verwahrer und jetzige Gemeinschuldner selbst als Miteigentümer an dem Sammeldepot beteiligt, so erfolgt die Anteilsermittlung nach § 16 KO. außerhalb des Konkursverfahrens. Hierbei vertritt der Konkursverwalter den Gemeinschuldner (RG. 42, 105; RG. vom 27. 6. 1899 in der JW. Jahrgang 1899 S. 539f.), gegen ihn als den gesetzlichen Vertreter des Kridars (vgl. unten sub. 2) ist daher auch, wenn Streit bei der Auseinandersetzung entsteht, die Klage zu richten. Der nach Abzug der Gemeinschaftsschulden (vgl. § 756 BGB.) verbleibende Netto-Anteil des Kridars gehört als Vermögen desselben zur Konkursmasse (§ 1 KO.); aus diesem Anteil aber kann jeder der Einleger wegen einer auf das Miteigentumsverhältnis sich gründenden Forderung gegen den Verwahrer (z. B. auf Auszahlung rückständiger Zinsen und Dividenden, die der Verwahrer für die Einleger eingezogen hat) abgesonderte Befriedigung verlangen, soweit solche Gemeinschaftsforderung bei der Anteilsermittlung unberichtigt geblieben ist (§ 51 KO.; vgl. Jäger ad § 16 S. 133 ff., ad § 51 S. 444 ff.; Petersen-Kleinfeller 86 ff.; Lehmann-Ring II 296).

2. Der Aussonderungsanspruch richtet sich gegen den Konkursverwalter als den gesetzlichen Vertreter des Gemeinschuldners in Ansehung der Konkursmasse (§ 6 KO.; vgl. die Verteidigung der Vertretungstheorie gegen die Amtstheorie bei Jäger § 6 Anm. 1 ff.). In diesem Wechsel der Person des Anspruchsgegners gewinnt die durch den Konkurs bedingte Wandlung des Herausgabe- in den Aussonderungsanspruch, die im übrigen die Natur des Anspruchs nicht berührt, praktische Bedeutung:

Soweit und solange das Depot als Teil der Masse erscheint, tritt der Verwalter kraft Gesetzes in das Vertragsverhältnis ein (vgl. Jäger § 6 Anm. 11); er übernimmt den unmittelbaren Depotbesitz, übt insbesondere beim Safedepot den Mitverschluß des Tresors für den verganteten Bankier aus (vgl. Dernburg II 2. 521; Jäger § 43 Anm. 9), ist beim Substitutionsdepot zum Umtausch der in Verwahrung befindlichen Papiere ermächtigt und kann beim Sammeldepot an Stelle des Gemeinschuldners jedem einzelnen der Gemeinschaftsgenossen den ihm gebührenden Anteil ausfolgen, ohne hierzu der Genehmigung der übrigen Beteiligten zu bedürfen (vgl. HGB. § 419 II; ferner Düringer-Hachenburg III 502; Staub II 1497).

Wenn sich dagegen das Depot nicht in der Masse befindet, sei es, daß der Konkursverwalter dasselbe dem Gemeinschuldner belassen hat, weil er dessen Nichtzugehörigkeit zur Masse von vornherein erkannte, oder daß ein Drittbesitzer dessen Herausgabe zur Masse verweigert, so scheidet der Konkursverwalter aus jeder Beziehung zum Depot aus und kann es dem Hinterleger überlassen, seinen Anspruch auf Herausgabe gegen den Depotbesitzer zu verfolgen (vgl. Jäger § 43 Anm. 32, 35).

II. Gegenstand der Aussonderung.

1. Die Aussonderung erstrebt die Rückgewähr der der Bank in Obsorge gegebenen Werte; dabei ist es an sich irrelevant, ob das Depot aus vertretbaren oder nicht vertretbaren Wertgegenständen bestand; denn der Charakter der Fungibilität schließt die Aussonderung so wenig wie die Vindikation aus (vgl. Sarwey-Bossert 196). Allein die Art der Depositen gewinnt im Konkurs dann entscheidende Bedeutung, wenn und soweit der Bankier seiner Verpflichtung, das Depot von seinen Beständen gesondert zu verwahren, nicht nachgekommen ist. Denn während durch Anreihung individuell bestimmter Wertobjekte an die eigenen Bestände des Depositars das Recht des Hinterlegers an den Gegenständen und sohin sein Anspruch auf Aussonderung derselben unberührt bleibt, wird die untrennbare Vermengung vertretbarer Depositen mit gleichartigen Stücken des Verwahrers ohne Rücksicht auf dessen guten Glauben regelmäßig zum Eigentumserwerb des Bankiers führen gemäß § 948 mit § 947 II BGB.; damit aber ist die Aussonderung ausgeschlossen und der Hinterleger auf die Geltendmachung eines Ersatzanspruchs (§§ 951, 812 ff. BGB.) als Konkurs-

forderung beschränkt. Geld insbesondere kann nur dann ausgesondert werden, wenn es abgesondert aufbewahrt worden ist.

Nur im Falle des Substitutionsdepots geht das Aussonderungsrecht des Hinterlegers weiter. Hat hier der Bankier das Effektendepot seines Kunden nicht gesondert verwahrt gehalten, finden sich aber bei Konkurseröffnung Wertpapiere der betreffenden Gattung in der Masse vor, so ist der Hinterleger nicht auf die Anmeldung einer Ersatzforderung im Konkurs angewiesen, vielmehr unterliegt kraft der dinglichen Verfangenschaft der Depotdeckung (vgl. oben § 2 II 1. c.) eine gleiche Quantität gleichartiger Stücke aus den Beständen des Verwahrers d. i. also der nunmehrigen Konkursmasse der Aussonderung (so v. Schey 387; dagegen Sarwey-Bossert 196).

2. Im einzelnen ist Aussonderungsobjekt:

a) Beim Sonderdepot das hinterlegte Sachindividuum und zwar in dem Zustande, in dem es sich in der Masse befindet. Die Außerkurssetzung in Obsorge gehaltener Münzsorten oder die Amortisierung eines Stückes der hinterlegten Wertpapiere fällt zu Lasten des Hinterlegers, soweit nicht der Verwahrer etwa durch Verletzung der ihm übertragenen Verwaltungspflicht den Verlust hätte vermeiden müssen. Verschulden des Verwahrers begründet einen als Konkursforderung zu verfolgenden Schadensersatzanspruch. Ist aber der Konkursverwalter für die nachteilige Depotveränderung verantwortlich zu machen, so kann sich der Hinterleger an die Masse gemäß § 59 1 KO. und an den Verwalter persönlich gemäß § 82 KO. halten.

b) Beim Sammeldepot wird für jeden Hinterleger ein Konto von dem Bankier geführt, auf welchem die von ihm eingelieferten Wertpapiere gleicher Gattung dem Nominalwert nach verzeichnet sind und das als Grundlage der Anteilsberechnung dient. Der hiernach berechnete Nettoanteil des einzelnen Einlegers bildet den Gegenstand der Aussonderung.

Folgt der Konkursverwalter einem Einleger zu wenig oder zu viel aus, so verpflichtet er im ersteren Fall dem Einleger, im letzteren Fall den übrigen Gemeinschaftsgenossen gegenüber die Masse, abgesehen von seiner persönlichen Haftung aus § 82 KO., zum Schadensersatz gemäß § 59 I KO.; denn die Ermächtigung des Bankiers und somit auch die des an seine Stelle getretenen Konkursverwalters geht auf Aushändigung des dem einzelnen Gemeinschaftsgenossen „gebührenden“,

aber auch nur auf Ausfolgung dieses Anteils. Die zivilrechtlichen Ansprüche der Benachteiligten gegen den Bevorzugten, sei es auf Herausgabe des plus bei bösgläubigem Erwerb (§ 932 BGB., 366 HGB., 985 BGB.) oder der Bereicherung (§ 812 BGB.) bleiben unberührt. Teilweiser Verlust des Gesamtdepots führt zu proportionaler Reduktion der den Gemeinschaftsgenossen auszufolgenden Anteile, gleichgültig ob eine tatsächliche Vermengung der von den einzelnen Einlegern gelieferten Stücke stattgefunden hat oder nicht; denn das Sondereigentum des einzelnen Hinterlegers erlischt mit der Übergabe, nicht mit der Vermengung der Papiere (vgl. oben § 2 II, l. b). Verschulden des Verwahrers vor Konkursbeginn berechtigt die Beschädigten in Höhe des Ausfalls zur Schadensliquidierung im Konkurs.

c) Beim Substitutionsdepot kommen die jeweils für den Deponenten erliegenden Stücke für die Aussonderung in Betracht. Dabei bleibt zu beachten, daß der Bankier, wie jeder Genusschuldner, dafür aufzukommen hat, daß die substituierten Effekten vollwertig sind. Würde sich also unter diesen z. B. ein amortisiertes Papier befinden, so könnte der Geschädigte eine Konkursforderung auf Schadensersatz zur Anmeldung bringen.

Bei unterbliebener Substitution fordert der Hinterleger die seiner Einlage entsprechende Stückzahl aus der Konkursmasse als Aussonderungsberechtigter zurück (vgl. oben sub 1). Hat endlich der Bankier von mehreren Deponenten empfangene gleichartige Depositen nicht gesondert aufbewahrt, reichen aber die in der Masse vorhandenen gleichartigen Papiere zur vollen Deckung sämtlicher Hinterleger nicht aus, so reduziert sich auch hier der dem einzelnen Einleger auszufolgende Betrag proportional den Einlagen der mehreren Deponenten; denn „die Gefahr der den Hinterlegern bloß quantitativ verfangenen Deckung muß alle Hinterleger in gleicher Weise treffen“ (so v. Schey 387). Der erwachsene Schaden ist im Konkurse zu liquidieren.

d) Beim Fiduziardepot endlich sind die dem Bankier fiduciae causa übereigneten Papiere der Aussonderung unterworfen. Irgendwelche nachteilige Veränderung, die auf ein Verschulden des Bankiers zurückzuführen ist, berechtigt den Hinterleger zur Geltendmachung einer Konkursforderung auf Schadensersatz.

3. Scheitert die Aussonderung des Depots nach den dargestellten Grundsätzen an einer vor Konkurseröffnung durch den Gemeinschuldner

oder nach Konkursbeginn durch den Konkursverwalter betätigten Depotveräußerung, so steht dem Hinterleger zum Ersatz der vereitelten Aussonderung des Depots gemäß § 46 KO. ein Anspruch auf Aussonderung der Gegenleistung zu, soweit diese noch aussteht, oder, zur Masse eingezogen, noch unterscheidbar in derselben vorhanden ist.

Für diese Ersatzaussonderung ist es, wie für die Aussonderung gemäß § 43 KO., irrelevant, ob der Hinterleger Eigentümer des Depots ist oder nicht; eine eventuelle Kollission des dinglichen und persönlichen Aussonderungsanspruchs löst sich hier in gleicher Weise wie dort (vgl. oben § 8 I; ferner Jäger § 46 Anm. 7).

4. Zu dem Anspruch auf Aussonderung des Depots können sich Nebenansprüche des Hinterlegers gesellen, z. B. auf den Gewinn, den der Depositar vor Konkurseröffnung durch unbefugten Gebrauch hinterlegten Geldes erzielt hat (§ 816 BGB.), oder auf die gesetzlichen Zinsen, die dem Deponenten gebühren, wenn der Verwahrer hinterlegtes Geld für sich verwendet (§§ 689, 246 BGB., § 352 HGB.), oder aber auf die Zinsen, die der Bankier in Ausübung der ihm übertragenen Depotverwaltung gezogen hat.

Alle diese Nebenansprüche bilden bloße Konkursforderungen, es sei denn, daß in dem letztgedachten Fall der Bankier das Eigentum an dem Gelde durch constitutum possessorium auf den Hinterleger übertragen und das Geld für den Deponenten in Sonderverwahrung genommen hat; denn damit ist die Grundlage für die Aussonderung nach § 43 KO. geschaffen.

Der Fall einer Entstehung solcher Ansprüche gegen den Kridar während des Verfahrens liegt abseits von dem Konkursrechte. Gelangen die Ansprüche dagegen nach Konkursbeginn gegen die Konkursmasse zur Entstehung, so kann sich der Deponent, unbeschadet der eventuellen persönlichen Haftung des Konkursverwalters aus § 82 KO., im Verfahren als Massegläubiger gemäß § 59 I, III KO. beteiligen.

III. Das Verfahren.

1. Die Verfolgung des Aussonderungsanspruchs hat zur tatsächlichen Voraussetzung, daß sich das Depot „im Zeitpunkt der Aussonderung in der Konkursmasse" befindet.

a) Wie für den Bestand des Aussonderungsanspruchs selbst, so ist auch für dessen Durchführbarkeit der Zeitpunkt des Begehrens der Aussonderung ohne Rücksicht auf die Zeit der Eröffnung des Konkurses

maßgebend (vgl. Petersen-Kleinfeller 224, 220; Sarwey-Bossert 198); wann aber der Hinterleger die Ausscheidung des Depots betreiben will, ist seinem Ermessen überlassen; bringt er jedoch seinen Anspruch nicht rechtzeitig vor, so läuft er Gefahr, sich z. B. infolge wirksamer Veräußerung des Depots auf eine Masseforderung eventuell mit den Konsequenzen aus § 60, 172 KO. beschränkt zu sehen.

Andererseits gewinnt der Zeitpunkt der Konkurseröffnung insofern Bedeutung, als nach Konkursbeginn dem Erwerb eines Aussonderungsrechts am Depot, z. B. durch Umwandlung eines depositum irregulare in ein depositum regulare die §§ 7, 15 KO. entgegenstehen.

b) Das Depot muß sich ferner „in der Konkursmasse“ befinden; hier aber ist zu unterscheiden:

α) Hat der Konkursverwalter von vornherein das Depot als für die Masse nicht ausnützbar dem Gemeinschuldner belassen, so hat sich der Hinterleger mit diesem auseinanderzusetzen (vgl oben I, 2).

β) Befindet sich das Depot im Besitze eines Dritten, so ist der Konkursverwalter nicht etwa zu dessen Herbeischaffung verpflichtet; vielmehr hat der Hinterleger seine Ansprüche gegen den Dritten, sei es auf Herausgabe (§§ 932 ff. BGB., 366 f. HGB.) des Depots oder der Bereicherung (§ 816 I, 2 BGB.) bezw. auf Schadensersatz (§ 823 BGB.) gegen den Dritten selbst zu verfolgen (vgl. Jäger § 43 Anm. 35; Petersen-Kleinfeller Bem. 5 vor § 43).

So bleiben insbesondere auch im Falle der Veräußerung des Depots etwaige Ansprüche des Hinterlegers gegen den Erwerber unbeeinflußt vom Konkurse. Neben dem Erwerber aber kann hier der Berechtigte nach freier Wahl (vgl. Jäger § 46 Anm. 20) sich an die Konkursmasse, den Konkursverwalter oder den Gemeinschuldner, je nach Lage des Falles, halten:

αα) Veräußerung durch den Gemeinschuldner vor Konkurseröffnung führt zur Ersatzaussonderung des § 46 (vgl. oben II, 3) event. in Verbindung mit einem als Konkursforderung zu verfolgenden Anspruch ex delicto § 823 BGB., mangels ausstehender bezw. unterscheidbar in der Masse vorhandener Gegenleistung aber zur Entstehung eines als Konkursforderung zu verfolgenden Anspruchs aus §§ 812, 816 I bezw. 823 BGB., wenn die Gegenleistung bereits vor Konkursbeginn von dem Gemeinschuldner eingezogen worden war, während dem Berechtigten eine Masseforderung aus § 59 I oder III zusteht, wenn die

Einziehung nach Konkurseröffnung zur Konkursmasse erfolgte (vgl. Jäger § 46 Anm. 12, 17, 21). Veräußerung durch den Gemeinschuldner nach Konkurseröffnung begründet lediglich einen rein persönlichen Anspruch gegen den Kridar, der während des Konkurses in das konkursfreie Vermögen, nach dem Konkurs in das Gesamtvermögen des bisherigen Gemeinschuldners verfolgt werden kann (vgl. Jäger § 46 Anm. 11; Sarwey-Bossert 228; a. M. Petersen-Kleinfeller 247).

ββ) Veräußerung durch den Konkursverwalter berechtigt den Hinterleger zur Ersatzaussonderung des § 46 KO., auch hier event. erweitert durch einen auf Verschulden des Verwalters sich stützenden Anspruch aus § 823 BGB. in Verbindung mit § 59 I bezw. § 82 KO. (vgl. Jäger § 46 Anm. 22), bei konsumierter Gegenleistung aber zur Geltendmachung eines Bereicherungs- oder Schadensersatzanspruchs als Masseforderung gemäß § 59 I, III KO., auch hier abgesehen von der persönlichen Haftung des Verwalters aus § 82 KO.

γ) Ist das Depot ganz oder teilweise zu Verlust gegangen, so ist zu unterscheiden:

αα) Verlust durch Zufall ist vom Hinterleger zu tragen, es sei denn, daß der Verwahrer das Depot unbefugt weiter hinterlegt hatte (vgl. oben § 1 III, 2); teilweiser Untergang trifft beim Sammeldepot die mehreren Hinterleger pro rata und verpflichtet den Verwahrer die Ausfolgung an den einzelnen Gemeinschaftsgenossen auf den ihm hiernach noch gebührenden Anteil zu beschränken (vgl. oben II, 2 b).

ββ) Schuldhafte Beschädigung, Zerstörung oder sonstige Minderung des Depots dagegen begründet, wenn vor Konkurseröffnung durch den Gemeinschuldner erfolgt, eine Konkursforderung auf Schadensersatz (§§ 280, 322 BGB.), wenn nach Konkurseröffnung durch den Verwalter geschehen, eine Masseforderung aus § 59 I KO. und zugleich eine Forderung wider die Person des Verwalters aus § 82 KO., läßt dagegen, soweit sie auf eine Handlung des Gemeinschuldners nach Konkurseröffnung zurückzuführen ist, die Masse unberührt.

c) Die infolge Unmöglichkeit der Herausgabe des Depots (§§ 280, 325, 292 BGB.) oder durch Verzug des Gemeinschuldners vor Konkurseröffnung (§§ 284 ff., 293 ff., 326 BGB.) oder aus einem sonstigen Grunde erwachsenen Ersatzansprüche braucht der Deponent im Konkursverfahren nicht geltend zu machen, soweit er zu einer Aufrechnung befugt ist (§ 53 ff. KO.; vgl. dazu Jäger § 53 Anm. 30). Andererseits

kann die Anmeldung der Forderung erfolgen, auch wenn der Umfang des erwachsenen Schadens bei Konkurseröffnung noch nicht feststeht (vgl. Jäger § 3 Anm. 10).

2. Die Aussonderung ist unabhängig von dem Konkursverfahren durchzuführen, mag der Aussonderungsanspruch außergerichtlich erhoben oder im Wege der Klage verfolgt werden:

a) Die Aussonderung des Depots erfolgt regelmäßig auf Antrag des Hinterlegers, setzt aber keineswegs ein Erfordern der Rückgewähr durch den Deponenten voraus; vielmehr hat der Konkursverwalter, wenn er nach der Besitzergreifung des Schuldnervermögens von einem die Aussonderung begründenden Rechte des Hinterlegers Kenntnis erlangt, das Depot von Amts wegen an den Hinterleger hinauszugeben, bezw. bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 372 BGB. (vgl. § 696 BGB.; 17 KO.) zugunsten des Deponenten zu hinterlegen (vgl. Jäger § 43 Anm. 32; Düringer-Hachenburg III 502 gegen Dernburg II 2. 521 Anm.; ferner Petersen-Kleinfeller Bem. 1 vor § 43; Sarwey-Bossert 196). Eine schuldhafte Verletzung dieser Pflicht macht die Masse — abgesehen von der persönlichen Haftung des Verwalters aus § 82 KO. und von dem Falle rechtloser Bereicherung nach § 59 III KO. — gemäß § 59 I KO. ersatzpflichtig.

Ob nun aber die Ausscheidung des Depots beantragt ist oder von Amts wegen erfolgt, stets ist der Konkursverwalter in der Anerkennung des Aussonderungsanspruchs an die Genehmigung eines etwa bestehenden Gläubigerausschusses gebunden (§ 133 II, 136, 135 KO.) während er andererseits nicht im Aufsichtswege von dem Konkursgericht zur Aussonderung des Depots angehalten werden kann (vgl. Sarwey-Bossert 198).

b) Dem Rückgewährbegehren des Hinterlegers kann der Konkursverwalter die sämtlichen Einwendungen entgegensetzen, die der Gemeinschuldner selbst vorbringen könnte. Abgesehen von Kompensation oder Retention kommt hier insbesondere unter Umständen auch die Einrede des Eigentums des Verwahrers am Depot in Betracht. Dabei aber ist zu unterscheiden:

α) War der Verwahrer zur Zeit des Abschlusses des Verwahrungsvertrags Eigentümer des Depots und wurde der Vertrag in Kenntnis dieses Umstands abgeschlossen (vgl. oben § 1, I, 1.), so kann der Hinterleger die Aussonderung des Depots trotz des Rechts des Verwahrers

betreiben, soweit und solange er dem Verwahrer gegenüber zum Depotbesitze berechtigt ist. Denn die aus dem Besitzrecht des Hinterlegers sich ergebende Herausgabeverpflichtung des Verwahrers macht das Depot zu einen „dem Gemeinschuldner nicht gehörigen Gegenstand" im Sinne des § 43 KO. (vgl. Jäger § 43 Anm. 3). Soweit dagegen dem Hinterleger ein solches Besitzrecht nicht zusteht, kann der Verwahrer seiner aus dem Vertrag entspringenden Verpflichtung zur Rückgabe des Depots einredeweise sein Eigentum entgegensetzen; denn er kann geltend machen, daß der Hinterleger die rückempfangene Sache ihm als dem Eigentümer sofort wieder zurückgeben müßte. Ist der Verwahrungsvertrag anfechtbar (so, wenn der Verwahrer im Irrtum über sein Eigentum das Depot in Verwahrung genommen hat), so kann der Hinterleger aus dem durch die rückwirkende Kraft der Anfechtung von Anfang an als nichtig anzusehenden Vertrag auch im Konkurs naturgemäß irgendwelche Rechte nicht ableiten.

β) Erwirbt der Verwahrer während des schwebenden Verwahrungsverhältnisses von dem Hinterleger selbst das Eigentum, so liegt darin eine vertragsmäßige Aufhebung des Aufbewahrungsvertrags. Es fällt damit die Verpflichtung zur Rückgabe des Depots weg, und es fehlt somit dem Aussonderungsanspruch an der rechtlichen Begründung, sofern sich nicht der Hinterleger ein Besitzrecht vorbehalten hat.

Erwirbt der Verwahrer dagegen von einem Dritten nach der Deposition das Eigentum, so kann der Verwalter sich gegen den Anspruch des Hinterlegers auf Rückgabe der Sache erfolgreich mit der Einrede des Eigentums verteidigen, wenn der Hinterleger das Recht des Dritten zur Veräußerung anerkennt; bestreitet dagegen der Hinterleger die Rechtmäßigkeit des Eigentumserwerbs des Verwahrers, so muß der Konkursverwalter das Depot herausgeben und das Eigentumsrecht des Verwahrers in einem besonderen Prozesse geltend machen (vgl. zu diesen Fragen Mot. II 579, 402, 371; Windscheid II 561, 551 f., 562; Oertmann 430, 255).

c) Wird der Anspruch des Hinterlegers auf Herausgabe des Depots nicht anerkannt oder wird ihm nicht freiwillig entsprochen (Verzug des Verwalters in der Erfüllung eines feststehenden Aussonderungsanspruchs verpflichtet die Masse — abgesehen von der persönlichen Haftung des Konkursverwalters aus § 82 KO. — zum Schadensersatz gemäß § 59 I KO. mit § 284 ff. BGB.), so ist die Aus-

sonderung im Wege des Zivilprozesses zu erzwingen. Für die gerichtliche Verfolgung des Anspruchs gelten die allgemeinen Regeln:

α) Zuständiges Gericht ist nicht etwa das Konkursgericht (§ 71 KO.), auch nicht das Vollstreckungsgericht nach §§ 766, 771 ZPO. (vgl. Jäger § 43 Anm. 5; Sarwey-Bossert 197). Vielmehr ist die Aussonderungsklage im allgemeinen Gerichtsstand des Gemeinschuldners, der primär durch dessen Wohnsitz (§ 13 ZPO.), subsidiär durch den inländischen Aufenthalt, event. letzten Wohnsitz im Inland (§ 16 ZPO.) bestimmt wird, zu erheben, kann aber fakultativ auch in den besonderen Gerichtsständen der gewerblichen Niederlassung (§ 21 ZPO.) oder des Erfüllungsortes (§ 29 ZPO.) (vgl. Jäger § 43 Anm. 33 und die dort zitierte Literatur für und gegen diese Annahme) geltend gemacht werden; die Vereinbarung einer fakultativen oder ausschließlichen Zuständigkeit gemäß § 38 ff. ZPO. bleibt auch für die Aussonderungsklage maßgebend (RG. vom 7. 3. 1894 in Seufferts Archiv Bd. 50 Nr. 70).

β) Die Aussonderungsklage hat sich gegen den Konkursverwalter zu richten; denn mit der Konkurseröffnung geht kraft Gesetzes (§ 6 KO). die Prozeßlegitimation in Ansehung der Konkursmasse auf den Konkursverwalter über, hat somit der Konkursverwalter als gesetzlicher Vertreter des insoweit prozeßunfähigen Verwahrers Rechtsstreitigkeiten über das Depot zu führen. Die Sachlegitimation dagegen verbleibt dem Verwahrer als dem Subjekt der Masse; daher ist denn auch der vergantete Bankier im Aussonderungsprozesse Partei (vgl. Petersen-Kleinfeller Bem. 5 vor § 43; Jäger § 6 Anm. 23 ff. und die dort zitierte Literatur für und gegen diese Annahme). — Die Passivlegitimation des Verwalters ist in dessen unmittelbarem Besitz des Depots begründet (vgl. Jäger § 43 Anm. 31).

γ) Die Aussonderungsklage kann vom hinterlegenden Eigentümer als Eigentums- oder Vertragsklage, vom Nichteigentümer nur als actio depositi erhoben werden; sie kann auf Leistung und unter den Voraussetzungen des § 256 ZPO. auch auf bloße Feststellung gerichtet werden. Der Antrag geht im letzteren Fall auf Feststellung des Eigentums oder obligatorischen Rückforderungsrechtes am Depot, bei der Leistungsklage dagegen auf unmittelbare Herausgabe der in Obhut des Beklagten befindlichen Wertgegenstände an den Kläger (vgl. Jäger § 43 Anm. 34; Petersen-Kleinfeller Bem. 1 vor § 43; Sarwey-Bossert 197).

δ) Als Klagegrund hat der Hinterleger seinen Anspruch auf unmittelbare Herausgabe des Depots darzutun und im Bestreitungsfall zu beweisen; die Verteidigung des Konkursverwalters kann dem Aussonderungsbegehren die sämtlichen nach dem bürgerlichen Rechte begründeten Gegenansprüche wie alle dem Gemeinschuldner zustehenden Einreden entgegensetzen.

ε) Der schließlichen Erzwingung der Depotherausgabe im Wege der Zwangsvollstreckung gemäß §§ 883 ff. ZPO. steht der Konkurs nicht entgegen, arg. § 14 KO. (Über die Frage der Zwangsvollstreckung in Safedepots vgl. Heinrici in Gruchot 4. Jahrg. 820 ff.; Bondi in Holdheim Jahrg. 1903, 173; Düringer-Hachenburg III 497).

ζ) Die Kostenerstattungspflicht des Verwalters aus einem von ihm oder gegen ihn geführten Aussonderungsprozesse fällt der Konkursmasse als Schuld aus § 59 I KO. zur Last (vgl. Jäger § 59 Anm. 2).

η) Ein vor Konkurseröffnung zwischen Hinterleger und Verwahrer anhängiger Prozeß über das Depot wird mit der Konkurseröffnung unterbrochen (§ 240 ZPO.), kann aber sowohl vom Hinterleger wie vom Konkursverwalter aufgenommen werden (§ 11 KO). Bei sofortigem Anerkenntnis des Anspruchs durch den Verwalter sind die erwachsenen Prozeßkosten nicht als Masse-, sondern lediglich als Konkursforderung geltend zu machen § 11 II KO. (so Jäger § 11 Anm. 14 gegen Petersen-Kleinfeller 73; vgl. auch v. Wilmowsky-Kurlbaum-Kühne 72, Sarwey-Bossert 84 f.).

B. Bankkonkurs und unregelmäßiger Bankverwahrungsvertrag.

I. Im unregelmäßigen Bankverwahrungsvertrag erwirbt der Verwahrer mit der Übergabe zur custodia das Eigentum an den empfangenen Wertsachen; materiell und wirtschaftlich gehört das irreguläre Depot zum Vermögen des Depositars. Als Teil des Schuldnervermögens aber wird das Depot im Bankkonkurse vom Konkursbeschlag ergriffen (§ 1 KO.) und dient zu seinem Teil zur gleichmäßigen und gemeinschaftlichen Befriedigung aller auf die Konkursmasse angewiesenen Gläubiger (§ 3 KO.). Will daher der Hinterleger sein Recht auf Rückerstattung von tantundem gegenüber der Konkursmasse verfolgen, so muß auch er sich mit der Stellung eines und zwar nicht bevorrechtigten Konkursgläubigers begnügen. Danach aber gestaltet sich

die Rechtslage des Deponenten, den allgemeinen Grundsätzen entsprechend, im Bankkonkurse so:

1. Unabhängig davon, ob der Hinterleger seinen Rückgewähranspruch im Konkurse geltend macht oder nicht, wird er von den Nachteilen der Konkurseröffnung getroffen. Für die Dauer des Verfahrens ist er daher nach dem Konkursprinzip der par conditio creditorum auf die Deckung seines Anspruchs aus der Masse und zwar im Wege gemeinsamer und gleichmäßiger Befriedigung aller Konkursgläubiger beschränkt, ist ihm somit eine außerkonkursmäßige Rechtsverfolgung versagt (§ 12 KO.; vgl. Jäger § 12 Anm. 6 ff.), jede Einzelvollstreckung selbst in konkursfreies Vermögen abgeschnitten (§ 14 KO.; vgl. Jäger § 14 Anm. 3) und der Erwerb eines Vor- oder Sicherungsrechtes an der Konkursmasse zum Nachteile der übrigen Gläubiger verwehrt (§ 15 KO.). Ferner treffen den Hinterleger, mag er am Verfahren teilnehmen oder nicht, in jedem Falle die Wirkungen eines Zwangsvergleichs (§ 193 KO.) und allein die Möglichkeit, daß er dem Verwahrer gegenüber zur Aufrechnung befugt ist, führt zu einer Befriedigung seines Anspruchs ohne Beteiligung am Konkurse (§ 53 ff. KO.).

2. Im Gegensatz hierzu ist die Ausübung der Rechte eines Konkursgläubigers durch die Anmeldung des Rückgewähranspruches als Konkursforderung bedingt (§ 138 KO. mit § 69 KO.). Nur die ordnungsmäßige Anmeldung (§ 139 ff. KO.) führt zur Prüfung und Feststellung der Forderung (§ 141 ff. KO)., berechtigt den Hinterleger zur Abstimmung in den Gläubigerversammlungen (§ 95 KO.), gewährt dem Deponenten das Bestreitungsrecht im Prüfungstermin (§ 144 KO.). Die erfolgte Feststellung des Anspruchs sichert die konkursmäßige Befriedigung des Hinterlegers durch Berücksichtigung der Forderung bei den Verteilungen (§§ 146, 161, 166 KO.), berechtigt aber gleichzeitig den Hinterleger nach Maßgabe der §§ 164, 194, 206 KO. nach Aufhebung des Verfahrens zur Weiterverfolgung seines Anspruchs.

Die Feststellung der im Prüfungstermine bestrittenen Forderung hat der Hinterleger, abgesehen von § 146 VI KO., durch eine in dem besonderen Gerichtsstand des § 146 II KO. zu erhebende, sonst aber unabhängig vom Konkursverfahren durchzuführende Feststellungsklage zu betreiben und die urteilsmäßig festgestellte Forderung in die Konkurstabelle eintragen zu lassen (§ 146 VII KO.).

3. Ein bei Konkurseröffnung anhängiger Prozeß zwischen Hinter-

leger und Verwahrer über den Rückgewähranspruch wird ohne weiteres unterbrochen (§ 240 ZPO.). Erstrebt der Hinterleger Befriedigung aus der Masse, so hat er die streitbefangene Forderung zur Anmeldung zu bringen und nur im Falle konkursmäßiger Bestreitung durch Aufnahme des Prozesses deren Feststellung gemäß §§ 144 II, 146 III KO. zu verfolgen. Der Konkursverwalter dagegen ist — abgesehen von dem Falle des § 146 VI KO. — zur Aufnahme des Prozesses nicht berechtigt (vgl. Jäger § 12 Anm. 5).

II. Bei alternativ unregelmäßigem Bankverwahrungsvertrag entscheidet der Umstand, ob der Verwahrer zur Zeit der Konkurseröffnung (vgl. § 1 KO.) von der „Aneignungsgestattung“ (§ 700 I, 2 BGB., § 2 I, 2. Fall DG.) Gebrauch gemacht hat oder nicht, über die rechtliche Stellung des Hinterlegers im Bankkonkurse. Wenn und soweit der Verwahrer in diesem Zeitpunkt noch nicht über das Depot zu seinem Nutzen verfügt hat, ist der Deponent vermöge seines unberührten Rechtes am Depot aussonderungsberechtigt (§ 43 KO.; vgl. RG. 52, 205). Bei erfolgter Aneignung aber steht dem Hinterleger als persönlichem Gläubiger des Verwahrers lediglich eine in Geld zu verfolgende Konkursforderung zu §§ 1, 3 KO.

B. Der qualifizierte Bankverwahrungsvertrag unter dem Einflusse des Bankkonkurses.

§ 9.

Die für den schlichten Bankverwahrungsvertrag gewonnenen Konkursgrundsätze finden auf die mit einem Nebenzweck verbundene Bankverwahrung unveränderte Anwendung. So greift unter den Voraussetzungen des § 17 KO. das dort normierte Wahlrecht des Konkursverwalters auch bei der qualifizierten Bankverwahrung durch; so entscheidet auch hier die Regelmäßigkeit oder Unregelmäßigkeit des Rechtsverhältnisses über die Frage, ob der Hinterleger als Aussonderungsberechtigter sein Depot unversehrt aus der Masse zu ziehen vermag oder als Konkursgläubiger Befriedigung suchen muß: eben deshalb ist das Verwaltungsdepot kraft der grundsätzlichen Regularität des Vertrages der Aussonderung unterworfen, während die durch den Doppelzweck des Geschäftes bedingte Irregularität des Nutzdepots dem Hinterleger lediglich eine in

Geld zu verfolgende Konkursforderung einräumt; beim Kautionsdepot aber kann der Deponent, vorbehaltlich des Sicherungsanspruchs des Bankiers, die Aussonderung des Depots betreiben oder lediglich eine Konkursforderung zur Anmeldung bringen, je nachdem das Eigentum am Depot bei dem Hinterleger geblieben oder auf den Verwahrer übergegangen war.

Hier nun soll weitergehend die Frage untersucht werden, wie sich die Einwirkung des Bankkonkurses auf die durch den Qualifikationsgrund beherrschte Seite des Vertrages gestaltet.

I. Das Verwaltungsdepot (vgl. oben § 3 I.). Recht und Pflicht der Depotverwaltung bleiben an sich trotz der Konkurseröffnung ebenso wie Recht und Pflicht der Verwahrung bestehen. Jedoch übernimmt an Stelle des Gemeinschuldners, als dessen gesetzlicher Vertreter, der Konkursverwalter mit der Verwahrung auch die Verwaltung des Depots, da vermöge der Vertretbarkeit der zu leistenden Tätigkeit das zwischen Hinterleger und Verwahrer bestehende Schuldverhältnis auch nach dieser Richtung vom Konkursbeschlag ergriffen wird. Und nun besteht eine dreifache Möglichkeit:

1. Die Konkurseröffnung veranlaßt den Hinterleger zur Erhebung seines Depots: die damit gegebene Lösung des Verwahrungsvertrags führt notwendig auch zur Beendigung der Verwaltung.

2. Der Hinterleger beläßt trotz Konkurseröffnung aus irgendwelchem Grunde das Depot in der Bankverwahrung, will aber dessen Verwaltung selbst übernehmen: die analoge Anwendung des § 671 bezw. 675 mit 626 BGB. (vgl. oben § 3 I, 2) gibt dem Deponenten die Möglichkeit sofort und ohne weiteres dem Konkursverwalter Recht und Pflicht der Depotverwaltung zu entziehen. Die Konkurseröffnung zugunsten des Hinterlegers als „wichtigen" Grund im Sinne des § 626 BGB. anzusprechen, unterliegt keinem Bedenken, da man dem Deponenten nicht zumuten kann, die Verwaltung seines Depots, die, wenn sie auch keine unvertretbare Leistung darstellt, doch im Zweifel vom Bankier in Person zu betätigen ist (vgl. §§ 664, 613 BGB.), durch den Konkursverwalter oder irgendeinen von diesem bestellten Dritten wahrnehmen zu lassen.

3. Der Hinterleger sieht von irgendwelcher Änderung des Bankverwahrungsvertrags trotz Konkurseröffnung ab: dann kann der Konkursverwalter die Depotverwaltung persönlich übernehmen oder durch

den Gemeinschuldner oder einen Dritten betätigen lassen, er kann aber auch durch Rückgabe des Depots an den Hinterleger (vgl. oben § 7 II, 1, 2) seinerseits eine stillschweigende Einstellung auch der Verwaltung herbeiführen.

II. Das Nutzdepot (vgl. oben § 3 II). Die dem Nutzdepot charakteristische Pflicht des Depositars, die hinterlegten Werte, soweit es sich mit dem Hauptzweck des Erlags, eine jederzeit verfügbare Kassa für den Deponenten zu bilden, verträgt, für den Hinterleger nutzbringend anzulegen und als Ertrag der nutzbaren Anlage Depotzinsen zu entrichten, bildet ein accidentale des zwischen den Kontrahenten bestehenden Verwahrungsvertrags, das als solches immer und ohne weiteres dem rechtlichen Schicksale der „Verwahrung" folgt. Demgemäß gestaltet sich im Bankkonkurse die Rechtslage sehr einfach. Die Verzinsungspflicht des Depositars besteht mit dem Verwahrungsvertrag ungeachtet der Konkurseröffnung an sich fort. Die bis zu Konkursbeginn aufgelaufenen Zinsen werden mit dem Hauptanspruch als Konkursforderung angemeldet (§ 62 KO.); der Anspruch auf die seit der Konkurseröffnung laufenden Zinsen dagegen kann im Konkurse nicht wirksam geltend gemacht (§ 63 KO.), wohl aber gegenüber dem konkursfreien und nach durchgeführtem Verfahren gegenüber dem wieder konkursfrei gewordenen Verwahrervermögen verfolgt werden.

III. Das Kautionsdepot (vgl. oben § 3 III). Während es sich beim Verwaltungs- wie beim Nutzdepot um eine Erweiterung der normalen Rechte des Hinterlegers handelt, bedeutet die Begründung eines Kautionsdepots eine Abweichung von der einfachen Bankverwahrung zugunsten des Verwahrers. Im Bankkonkurse gewinnt dieselbe insofern praktische Bedeutung, als der Konkursverwalter bei regulärem Zurückbehaltungsrecht in den gesetzlichen Schranken der §§ 273 BGB. bezw. 369 HGB., bei vertragsmäßig erweiterter Retentionsbefugnis des Verwahrers aber zur Deckung einer jeden aus dem Kreditverhältnisse zwischen Hinterleger und Verwahrer zugunsten der Masse bestehenden Forderung einen ausreichenden Teil, bei Unteilbarkeit aber das Gesamtdepot bis zur vollen Befriedigung des Anspruchs zurückbehalten kann (vgl. ROHG. 18, 276). Die Wirkung der Zurückbehaltung ist beim Eingreifen des § 273 BGB. gemäß § 274 BGB. auf eine Minderung der Verurteilung beschränkt, während das Vorliegen der Voraussetzungen des § 369 HGB. eine Depotverwertung nach den

Grundsätzen des § 371 HGB. gestattet. Der in diesem Falle event. verbleibende Rest zugunsten des Hinterlegers unterliegt der Aussonderung, wenn das Eigentum am Depot dem Hinterleger verblieben war, während der Deponent den Anspruch auf Rückgabe des seine Verbindlichkeiten übersteigenden Betrags des Depots nur als Konkursgläubiger verfolgen kann, wenn der Bankier Depoteigentümer geworden war.

C. Die Kombination des Bankverwahrungsvertrages mit einem zweiten selbständigen Rechtsgeschäft unter dem Einflusse des Bankkonkurses.

§ 10.

Die dreifache Möglichkeit eines realen Zusammentreffens der causa custodiae mit einem anderen durchaus selbständigen Geschäftszweck ist in § 4 in Kürze erörtert worden. Alle danach möglichen Beziehungen des Bankverwahrungsvertrags zu einem zweiten Rechtsgeschäft der Konkursbetrachtung zu unterstellen, würde über den Rahmen der Arbeit hinausführen. Es mag daher genügen, im folgenden den Einfluß des Bankkonkurses auf die Verbindung der Bankverwahrung einerseits mit dem Pfand-, andererseits mit dem Kommissionsgeschäft zu skizzieren, da gerade diese Kombinationen die Praxis des Bankverkehrs beherrschen.

I. Bankverwahrungsvertrag und Pfandvertrag.

Mit dem Augenblick, in welchem die zunächst zum Zweck der Aufbewahrung bezw. Kassahaltung erfolgte Übergabe von Wertgegenständen den Charakter der Pfandbestellung annimmt, mag diese Umwandlung auf Grund neuerlicher Abrede erfolgen oder, von vornherein in Aussicht genommen, mit der Entstehung der zu sichernden Forderungen ohne weiteres eintreten (vgl. Begründung 37; Schweyer 56; Stenglein 248), untersteht das Verhältnis der Bank zu ihren Kunden den Grundsätzen des Pfandvertrags, wird das depositum zum pignus. Das pignus seinerseits aber nimmt mangels einer abweichenden Vereinbarung den Charakter des untergegangenen depositum in sich auf, verbleibt demgemäß als pignus regulare im Rechte des Verpfänders, wenn dem Pfandvertrag ein regelmäßiger Bankverwahrungsvertrag voranging, ist dagegen Eigentum des Pfandgläubigers, wenn auch der Verwahrer Depoteigentümer und nur zur Rückgewähr von

tantundem verpflichtet war. Und unverändert äußert auch die besondere Form des regulären ursprünglichen Depots auf das Pfandverhältnis ihre Wirkung. Bestand Sonderdepot, so bleibt die Bank zur gesonderten Verwahrung auch des Pfands verpflichtet (vgl. dazu §§ 1, 2 DG.); die Vermengung gleichartiger Depositen im Sammeldepot besteht ungeachtet des Pfandcharakters eines Teils derselben unberührt fort; die im Substitutionsdepot begründete Umtauschbefugnis wie das aus dem Fiduziardepot erwachsende fiduziarische Eigentum des ursprünglichen Depositars und nunmehrigen Pfandgläubigers werden von der Umwandlung des Vertragszwecks nicht berührt (vgl. Cosack 477).

Ob eine solche Umwandlung aber in dem konkursrechtlich maßgebenden Zeitpunkt (vgl. Petersen-Kleinfeller 224; Sarwey-Bossert 198) stattgefunden hat oder nicht, ist Tatfrage; die Verhältnisse werden sich übrigens, was die Frage der Aussonderung betrifft, mag Pfand- oder Verwahrungsvertrag bestehen, sehr ähnlich gestalten; denn wie die Scheidung von depositum regulare und irregulare im Konkursverfahren von ausschlaggebender Bedeutung für die Rechte der Kontrahenten aus dem Verwahrungsvertrage ist, so bestimmt auch die Zweiteilung des Pfands in pignus regulare und irregulare in Verbindung mit den Grundsätzen über die Pfandverwertung im wesentlichen die rechtliche Stellung von Verpfänder und Pfandgläubiger im Bankkonkurse: Die Konkursmasse befriedigt sich aus den als Pfand in ihrem Besitz befindlichen Werten für ihre Forderungen gegen den Verpfänder (vgl. §§ 1228 ff. BGB.); notwendig beschränkt sich daher dessen Rückgewähranspruch auf den Rest bezw. den die Forderungen übersteigenden Mehrerlös (vgl. §§ 1223, 1247 BGB.). Während aber dieser Rückgewähranspruch aus einem pignus regulare Aussonderungskraft hat (vgl. Jäger § 43 Anm. 9), kann derselbe, soweit das Eigentum am Pfand auf den Bankier übergegangen war, nur als Konkursforderung geltend gemacht werden, sodaß sich der Verpfänder mit der Konkursdividende begnügen muß (vgl. Düringer-Hachenburg III 503).

II. Bankverwahrungsvertrag und Kommissionsgeschäft.

Drei Momente können eine Verbindung des Bankverwahrungsvertrags mit dem Kommissionsgeschäft veranlassen: Der Depotminderung durch Ausscheidung einzelner Depositen im Wege des Verkaufs dient die Kombination von Depotgeschäft und Verkaufs-

kommission; Depoterweiterung durch Zuführung neuer Wertgegenstände in Depot bezweckt die Verbindung von Verwahrungsvertrag und Einkaufskommission; zum Depotersatz endlich führt durch Verkauf alter, Einkauf neuer Depositen die Umtauschkommission.

Mag das Kommissionsgeschäft nun aber den Verkauf, Einkauf oder Umtausch von Depositen zum Gegenstand haben, in jedem Falle charakterisiert es sich als Werkvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat (vgl. Düringer-Hachenburg III 337 f. und die dort zitierte Literatur), führt also der Konkurs des Kommissionärs von Rechts wegen nicht die Auflösung des Kommissionsverhältnisses herbei (vgl. Jäger § 23 Anm. 14, 16) und in jedem Falle ist das Kommissionsgeschäft als Geschäftsbesorgungsvertrag gegenseitiger Vertrag mit vertretbarer Verbindlichkeit des Kommissionärs (vgl. Jäger § 17 Anm. 3), greift also im Bankkonkurse die Regel des § 17 KO. durch. Im übrigen aber gestaltet sich die Rechtslage des Hinterlegers, der zugleich Kommittent ist, im Konkurse des Kommissionärs verschieden, je nachdem Einkaufs-, Verkaufs- oder Umtauschkommission in Frage steht.

1. Die Einkaufskommission.

a) Hat der Kommissionär zur Zeit der Konkurseröffnung das Eigentum an den von ihm eingekauften Wertpapieren bereits auf den Kommittenten übertragen (§ 930 BGB. § 7 DG.) und zugleich die angeschafften Stücke für den Kommittenten in Depot genommen, so kann der Berechtigte im Konkurse des ursprünglichen Kommissionärs und nunmehrigen Verwahrers die Aussonderung und zwar als Hinterleger mit der Vertragsklage, als Eigentümer mit der rei vindicatio begehren.

b) Ist dagegen der Kommissionär zur Zeit der Konkurseröffnung Eigentümer der vor Konkursbeginn eingekauften Wertpapiere, sei es, daß er der Übereignungspflicht bis zu diesem Zeitpunkt noch nicht nachgekommen ist, oder daß die Parteivereinbarung von vornherein die Eigentumsübertragung ausgeschlossen und lediglich die Begründung einer obligatorischen Verpflichtung des Kommissionärs zur Leistung einer bestimmten Menge bestimmter Papiere, m. a. W. die Erweiterung oder Begründung eines depositum irregulare in Aussicht genommen hatte, so muß sich der Kommittent im Konkurse des Kommissionärs mit der Stellung eines Konkursgläubigers begnügen §§ 1, 3 KO. (vgl. Düringer-Hachenburg III 342; Jäger § 43 Anm. 27; Lusensky 13).

c) Werden die von dem Kommissionär eingekauften Wertpapiere von deren Verkäufer nach Konkursbeginn zur Konkursmasse geliefert, so ist der Kommittent bei ununterscheidbarer Vermengung der gelieferten mit in der Masse vorhandenen gleichartigen Stücken Massegläubiger gemäß § 59 III KO., während er die unterscheidbar in der Masse befindlichen Papiere im Wege der Ersatzaussonderung gemäß § 46 II KO an sich ziehen kann (vgl. Jäger § 43 Anm. 27, § 46 Anm. 9 und 17)

d) Den bei Konkursbeginn noch ausstehenden Anspruch des Kommissionärs gegen den Dritten auf Lieferung der Papiere endlich kann der Kommittent im Bankkonkurse aussondern, d. h. er kann von dem Konkursverwalter die Abtretung des Anspruchs verlangen § 392 II HGB (vgl. Düringer-Hachenburg III 342; Jäger § 43 Anm. 27).

2. Die Verkaufskommission.

a) Die im Depot befindlichen, zum Verkaufe bestimmten Wertpapiere sind bis zur Übereignung an den Dritten bezw. bis zum Selbsteintritt des Kommissionärs (§ 400 HGB.) zugleich Gegenstand des Verwahrungs- und des Kommissionsvertrags. Der Verwahrungsvertrag ist in solchem Falle notwendig regulär; der Auftrag zum Verkauf ändert an der rechtlichen Natur des depositum nichts. (Vgl. Schweyer 133; Stenglein 248; v. Pechmann 9). Ist daher zur Zeit der Konkurseröffnung die Kommission weder durch Verkauf noch durch Selbstkauf ausgeführt, so bleibt dem Hinterleger im Bankkonkurse das Recht der Aussonderung des Depots und Kommissionsguts gewahrt, wenn sich der Verwalter in Ausübung seines Wahlrechts aus § 17 KO. für die Nichterfüllung des Vertrages entscheidet; wählt dagegen der Verwalter die Vertragserfüllung, so ist der Hinterleger auf einen Masseanspruch nach § 59 II KO. angewiesen.

b) Mit Übereignung oder Selbsteintritt wandelt sich der Anspruch des Hinterlegers auf Rückgewähr des Depots und gleichzeitigen Kommissionsguts in die Forderung auf Herausgabe des erzielten Kaufpreises, der zunächst mangels besonderer Vereinbarung von dem Drittkäufer in das Eigentum des Kommissionärs übergeht. (Vgl. Düringer-Hachenburg III 365.) Nur wenn der Kommissionär das empfangene Geld sofort absondert und dem Kommittenten durch constitutum possessorium überträgt, wird dieser Eigentümer des Geldes; doch greifen auch in diesem Falle bei nachträglicher Vermischung mit dem

Gelde des Kommissionärs die Rechtsfolgen des § 948 mit § 947 II BGB. ein.

Damit ist die Stellung des Kommittenten im Konkurse des Kommissionärs für den Fall, daß der Kaufpreis vor Konkursbeginn an den Kommissionär bezahlt wurde, geregelt. Dem Eigentum des Kommittenten entspricht dessen Aussonderungsrecht an dem in Sonderverwahrung gehaltenen Gelde, bei Eigentum des Kommissionärs aber ist die Forderung des Kommittenten auf Herausgabe des Preises als Konkursforderung geltend zu machen.

In diesem Sinne löst sich auch die Frage für das Konsignationsdepot (vgl. oben § 4 II, 3). Wird hier der Pfandbrieferlös in Sonderverwahrung genommen und gehalten, so bleibt die Hypothekenbank aussonderungsberechtigt. Findet dagegen eine Vermischung desselben mit den sonstigen Wertbeständen der Bank statt, so beschränkt der damit erfolgte Eigentumserwerb des Konsignateurs die Hypothekenbank auf die Verfolgung ihres Anspruchs als Konkursforderung.

c) Hat der Konkursverwalter den Kaufpreis zur Masse eingezogen, so ist der Kommittent Massegläubiger § 59 III KO. und nur, wenn sich der Erlös in Sonderverwahrung oder sonst unterscheidbar in der Masse befindet, zur Ersatzaussonderung gemäß § 46 II KO. berechtigt (vgl. Jäger § 43 Anm. 27, § 46 Anm. 9, 17; Sarwey-Bossert 202).

d) Schuldet endlich der Drittkäufer den Kaufpreis noch, so kann der Kommittent von dem Konkursverwalter die Abtretung des Anspruchs gegen den Dritten verlangen § 392 II HGB. § 46 I KO.

3. Die **Umtauschkommission.**

Sie stellt sich als eine Vereinigung von Verkaufs- und Einkaufskommission dar und untersteht darum in zeitlicher Aufeinanderfolge den Grundsätzen der beiden Verträge (§§ 5, 6, 7 DG.). Maßgebend für die Stellung des Kommittenten im Bankkonkurse bleibt auch hier das Stadium, in welchem sich die Ausführung des Geschäftes zur Zeit der Konkurseröffnung befindet.

D. Die konkursrechtliche Bedeutung der Mitwirkung mehrerer Bankiers bei Ausführung eines Bankverwahrungsvertrags.

§ 11.

Bei der Mehrzahl der großen Bankinstitute besteht für den Effektenverkehr mit den Lokalbanken die Einrichtung eines zweifachen Depotkontos: eines Kontos A („Eigendepot") für diejenigen Effekten, die dem Zentralbankier für alle seine Forderungen gegenüber dem Lokalbankier haften, und eines Kontos B („Kundendepot") für diejenigen Wertpapiere, die dem Zentralbankier nach § 8 DG. als fremde übergeben sind und demnach gesetzlich nur wegen konnexer Forderungen, nach der allgemein üblichen Geschäftspraxis aber überhaupt nicht von dem Pfandrechte des Zentralbankiers ergriffen werden (vgl. oben § 5).

Gerät nun der Lokalbankier in Konkurs[14]), so ist der Kunde, dessen Papiere bei dem Zentralbankier auf Konto B liegen, durchaus sicher gestellt, da er als Eigentümer gemäß § 985 BGB. die Herausgabe seiner Effekten unmittelbar von dem Zentralbankier verlangen kann, ohne dessen Pfandrecht fürchten zu müssen. Hat dagegen der Zentralbankier bonae fidei die von dem Lokalbankier empfangenen Kundenpapiere auf Konto A genommen, so greift auch dem Kunden gegenüber das Pfandrecht des § 397 HGB. bezw. das vertragsmäßig erweiterte Pfandrecht des Zentralbankiers durch, so daß sich der Herausgabeanspruch des Kunden gegen den Zentralbankier auf den nach Deckung der Forderungen des Zentralbankiers gegen den Lokalbankier verbleibenden Rest beschränkt. Für den erlittenen Ausfall hat der Kunde im Konkurse des Lokalbankiers als Konkursgläubiger Befriedigung zu suchen.

---

[14]) Der Einfluß des Konkurses des Zentralbankiers scheidet von der Betrachtung aus; jedoch mag bemerkt werden, daß durch die Mehrheitsbeteiligung das Aussonderungsrecht des Kunden im Konkurse des Zentralbankiers nicht berührt wird: vielmehr ist der Deponent, soweit er zur Zeit der Konkurseröffnung Eigentümer der im Gewahrsam des Zentralbankiers befindlichen Papiere ist, zu deren Aussonderung berechtigt, muß es sich jedoch für den Fall, daß die Effekten dem Konto A einverleibt waren, gefallen lassen, daß sich die Masse des Zentralbankiers für ihre Forderungen gegen den Lokalbankier aus dem „Eigendepot" befriedigt.

Auf welchem Rechtsgrund in diesen Fällen die Detention des Zentralbankiers beruhte, ob auf Verwahrung oder Kommission oder einer Kombination der beiden Geschäfte, und ob insbesondere im letzteren Fall der Zentralbankier den Gewahrsam an den Papieren deshalb hatte, weil dieselben, zum Verkauf bestimmt, noch unverkauft bei ihm lagen, oder, neu angeschafft und von dem Zentralbankier dem Lokalbankier, von diesem dem Kunden gemäß § 930 BGB. bezw. §§ 3, 7 DG. zu Eigentum übertragen, im Depot des Zentralbankiers geblieben waren, ist für den Herausgabeanspruch des Kunden gegen den Zentralbankier belanglos, sofern nur eben der Kunde Eigentümer der Papiere geblieben oder geworden ist.

Ist dagegen der Kunde zur Zeit der Konkurseröffnung nicht mehr oder noch nicht Eigentümer der Effekten, so ergibt sich folgende Rechtslage:

I. Ist der Eigentumsverlust Folge der auftragsgemäßen und wirksamen Veräußerung des Depots durch den Zentralbankier vor Konkurseröffnung, so ist zu unterscheiden:

1. Der erzielte Erlös ist vor Konkurseröffnung von dem Zentralbankier dem Lokalbankier abgeliefert worden: dann ist der Kunde regelmäßig auf einen als Konkursforderung zu verfolgenden Anspruch gegen die Masse angewiesen. (Über die Voraussetzungen einer event. möglichen Aussonderung des Erlöses vgl. oben § 10 II, 2 b.)

2. Der erzielte Erlös ist nach Konkurseröffnung von dem Zentralbankier zur Masse eingezahlt worden: dann steht dem Kunden eine Masseforderung aus § 59 III KO. zu; denn im Verhältnis des Kunden zu dem Lokalbankier erscheint der zur Masse eingezahlte Kaufpreis als rechtlose Bereicherung der Masse im Sinne des § 59 KO (Wegen der Ersatzaussonderung aus § 46 KO. vgl. § 10 II, 2 c.)

3. Der Kaufpreis befindet sich zur Zeit der Konkurseröffnung noch in Händen des Zentralbankiers: dann kann der Kunde gemäß § 392 HGB. von der Masse des Lokalbankiers die Abtretung ihres Anspruchs gegen den Zentralbankier auf Herausgabe des Erlöses verlangen. Freilich wird dieser Anspruch regelmäßig wertlos sein, da der Zentralbankier seine eventuellen Forderungen gegen den Lokalbankier mit dieser Schuld aufrechnen kann (vgl. § 54 KO.; dazu Rießer 52; Lusensky 79; a. M. Schweyer 139; Stenglein 255).

Ist die Veräußerung des Depots auf eine unerlaubte Handlung des Lokalbankiers zurückzuführen (der Lokalbankier hat z. B. kraft seines Verfügungsrechts dem Zentralbankier den Auftrag zur Depotveräußerung widerrechtlich erteilt), so kann der Ersatzanspruch gegen den Lokalbankier aus § 823 BGB. lediglich als Konkursforderung, also nur bei Entstehung vor Konkurseröffnung, geltend gemacht werden.

Beruht die Depotveräußerung auf einer unerlaubten Handlung des Zentralbankiers, so z. B. wenn der Zentralbankier ohne Auftrag die lediglich zur Verwahrung empfangenen Effekten veräußert hat, so kann die Masse bei unbefugter Weiterhinterlegung über den Erlös hinaus auf vollen Schadensersatz, bei befugter Substitution aber nur insoweit in Anspruch genommen werden, als die Haftung des Lokalbankiers für culpa in eligendo einen Ersatzanspruch begründet. Der Anspruch ist als Konkursforderung zu verfolgen; die Schadensersatzforderung des Kunden gegen den Zentralbankier aus § 823 BGB. bleibt hierdurch unberührt. — Die gleichen Grundsätze gelten, wenn die Herausgabe des Depots aus einem sonstigen Grunde, den der Zentralbankier zu vertreten hat, unmöglich ist. Für den Ersatz des Schadens, der das Depot in der Hand des Zentralbankiers durch Zufall trifft, haftet dagegen die Masse des Lokalbankiers nur bei unbefugter Weiterhinterlegung.

Erfolgt die Depotveräußerung während des Konkurses zufolge einer widerrechtlichen Ordre des Lokalbankiers, so haftet die Masse überhaupt nicht; Verschulden des Konkursverwalters aber macht die Masse aus § 59 I KO., den Konkursverwalter persönlich aus § 82 KO. haftbar.

II. Ist im Falle einer Kombination der Bankverwahrung mit Umtausch- oder Einkaufskommission der Kunde noch nicht Eigentümer der neuen Stücke geworden, sei es daß zur Zeit der Konkurseröffnung der Zentralbankier den Eigentumsübertragungsakt zwar zugunsten des Lokalbankiers, dieser aber noch nicht zugunsten des Kunden vollzogen hat, sei es, daß im gleichen Zeitpunkt Eigentümer der neubeschafften Effekten noch der Zentralbankier ist, so steht im ersteren Fall dem Kunden lediglich eine Konkursforderung, im zweiten Fall ein Anspruch gegen die Masse auf Abtretung ihrer Forderung gegen den Zentralbankier gemäß § 392 II HGB. zu (vgl. Lusensky 78 ff.; Rieser 56 ff. Schweyer 141).

Zweiter Abschnitt.

Der strafrechtliche Einfluß des Bankkonkurses auf den Bankverwahrungsvertrag.

§ 12.

Der Strafrechtsschutz der Bankverwahrung, wie er ohne Rücksicht auf die Vermögenslage des Bankiers durch die Bestimmungen des Reichsstrafgesetzbuchs und deren Ergänzung im DG. gewährleistet ist (vgl. oben § 6), erfährt in dem Momente, in welchem die Eröffnung des Konkurses[15]) über das Vermögen des Verwahrers den Bankzusammenbruch zur Kenntnis der Betroffenen bringt, eine nicht unbedeutende Erweiterung. Denn das DG. enthält in seinen §§ 10, 11 strafrechtliche Vorschriften, die die Interessen der Deponenten zu schützen bestimmt sind, deren Eingreifen aber durch die Tatsache der Konkurseröffnung bedingt ist. Indem aber das Gesetz in diesen Fällen die Verwirklichung der Strafdrohung rein äußerlich von dem Erlaß des Konkurseröffnungsbeschlusses abhängig macht, ohne eine schuldhafte Herbeiführung des Konkurses durch den Falliten oder Kausalzusammenhang[16]) zwischen der Konkurseröffnung und den Ausführungshandlungen der §§ 10, 11 DG. zu fordern, will es die Konkurseröffnung als die außerhalb des schuldbegründenden Tatbestandes stehende Voraussetzung (Bedingung) der Strafbarkeit[17]) der in den §§ 10, 11 DG. präzisierten

---

[15]) Da die Arbeit den Einfluß des durch Beschluß des Amtsgerichtes eröffneten Bankkonkurses auf den Bankverwahrungsvertrag zum Gegenstand hat, die Konkurseröffnung ihrerseits aber nur Zahlungsunfähigkeit, nicht gerade Zahlungseinstellung voraussetzt, und andererseits nicht jede Zahlungseinstellung zur Konkurseröffnung führt, kommt die in den Strafbestimmungen der Konkurseröffnung gleichgestellte Tatsache der Zahlungseinstellung hier nicht in Betracht.

[16]) Wohl aber wird ein zeitlicher Zusammenhang der Konkurseröffnung mit den in Rede stehenden strafbaren Handlungen vorausgesetzt werden müssen, derart, daß gerade diese Konkurseröffnung die Bedingung der Strafbarkeit jener Handlungen bildet (vgl. Begründung 48; Lusensky 85; v. Pechmann 58; Rießer 60).

[17]) Dieser für die §§ 10, 11 DG. insbesondere von v. Liszt 432, 452, 447; Häring 42f. 57, für § 10 DG. auch von Rießer 60 vertretenen Anschauung über die Bedeutung der Konkurseröffnung in den hier zu erörternden Strafbestimmungen steht die Meinung der Mehrheit gegenüber, die in der Konkurs-

Akte erachtet wissen. Unter dieser Voraussetzung aber stellt das DG. folgende Tatbestände unter Strafe:

I. Der fallite Kaufmann ist aus § 11 DG. strafbar, wenn er fremde Wertpapiere, welche er im Betriebe seines Handelsgewerbes als Verwahrer [18]) in Gewahrsam genommen, sich rechtswidrig zugeeignet und die Zueignung im Bewußtsein seiner Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung vorgenommen hat.

Das Delikt des § 11 DG. charakterisiert sich danach als ein Sonderfall der Unterschlagung des § 246 RStGB.: Hier wie dort bildet den Gegenstand des Delikts fremdes Eigentum, hier nämlich fremde Wertpapiere und zwar im Gegensatz zu allen übrigen Bestimmungen des DG. nicht nur Wertpapiere der in § 1 DG. bezeichneten Art, sondern alle Wertpapiere ohne Ausnahme (Häring 40; v. Pechmann 58; a. M. v. Liszt 432; Schweyer 145): hier wie dort wird das Delikt durch rechtswidrige Zueignung verübt. Allein die Tat des § 11 DG. ist mit einer über die Strafe der Unterschlagung wesentlich hinausgehenden Strafe bedroht, weil durch Hinzutreten des Konkurses die Veruntreuung einen besonders gemeingefährlichen Charakter annimmt (vgl. Begründung 45).

In der angedrohten Strafe stimmt § 11 DG. mit § 239 KO. überein. Von dem betrüglichen Bankerutt aber unterscheidet sich das Verbrechen aus § 11 DG. — abgesehen davon, daß Subjekt des betrüglichen Bankerutts jeder Schuldner, Subjekt des § 11 DG. dagegen

---

eröffnung ein Merkmal des Tatbestands erblickt (so für die §§ 10, 11. R. 34, 239; Begründung 48; Apt 43; Kunreuther 135; Lusensky 85; v. Pechmann 15; Schweyer 143; Stenglein 258, 259 mit 699, für § 11 auch Rießer 60). Nach Binding endlich (I 283) dient auch in den §§ 10, 11 DG. die Konkurseröffnung lediglich „zur Charakterisierung des Verbrechenssubjektes". Für die im Texte niedergelegte Ansicht darf angeführt werden, daß einerseits eine Zurechenbarkeit der Konkurseröffnung zur Schuld übereinstimmend abgelehnt wird, daher die Konkurseröffnung auch kein Merkmal des Tatbestands bilden kann, daß andrerseits der Schuldner zur Zeit der Vornahme der deliktischen Handlung nicht Fallit sein muß und grundsätzlich auch nicht ist, daher mit der Konkurseröffnung auch nicht die Tauglichkeit des Verbrechenssubjektes bezeichnet werden kann.

[18]) vgl. oben Anm. 12. Es wird daher weder die Depotunterschlagung durch den Bankier als Pfandgläubiger oder Kommissionär gemäß § 11 DG., noch das Vergehen der Zuwiderhandlung gegen die §§ 3, 5 DG. gemäß § 10 DG. erörtert werden.

nur ein Kaufmann (vgl. aber einerseits § 12 I, 2 DG., andererseits § 13 DG.) sein kann, daß ferner als Ausführungshandlung in § 239 KO. einzelne Akte limitativ aufgezählt sind, während § 11 DG. jede rechtswidrige Zueignung, aber auch nur diese unter Strafe stellt, daß schließlich das subjektive Moment der Tat in § 239 KO. in der Absicht die Gläubiger zu benachteiligen, in § 11 DG. im Bewußtsein der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung ruht — dadurch, daß sich § 239 KO. gegen die Gesamtheit oder doch gegen gewisse Klassen der Konkursgläubiger richtet, § 11 DG. aber gegen einzelne Personen, die zudem in der Hauptsache nicht zu den Konkursgläubigern gehören, und daß ferner als Gegenstand des Angriffs für § 239 KO. die Konkursmasse, das eigene Vermögen des Schuldners, für § 11 DG. aber fremdes Eigentum in Betracht kommt. In Anbetracht dieser Selbständigkeit des Delikts des § 11 DG. ist auch die Möglichkeit einer Idealkonkurrenz des betrüglichen Bankerutts mit der Depotunterschlagung nach § 11 DG. ausgeschlossen, vielmehr kann es sich beim Zusammentreffen der beiden Delikte nur um Realkonkurrenz handeln (Binding I 283; Jäger § 239 Anm. 48; Häring 50; a. M. Stenglein 260).

II. Während der § 11 DG. eine Erweiterung der Strafbestimmungen gegen Unterschlagung und sohin eine Ergänzung des materiellen Strafrechts bedeutet, bezweckt der § 10 DG. die Sicherung der in dem Interesse der Deponenten gegebenen Ordnungsvorschriften des § 1 Ziff. 1 und 2 DG. (vgl. Begründung 46). Denn aus § 10 DG. ist der fallite Kaufmann (vgl. einerseits § 12 II 1, andererseits § 13 DG.) strafbar, wenn er vorsätzlich d. h., mit dem Bewußtsein der Rechtswidrigkeit die Pflicht zur gesonderten Verwahrung und Buchung des Depots (§ 1 Ziff. 1, 2 DG.) verletzt hat und dadurch der Berechtigte bezüglich des Anspruchs auf Aussonderung der von jenem zu verwahrenden Wertpapiere benachteiligt wird, d. h. sich infolge der Zuwiderhandlung bei Geltendmachung seines Anspruchs in einer weniger günstigen Lage befindet als es der Fall wäre, wenn die Vorschriften des Gesetzes eingehalten worden wären. (Vgl. Häring 58 und v. Pechmann 18). Mit dieser Bestimmung knüpft § 10 DG. an die §§ 239 Ziff. 3, 4 und 240 Ziff. 3 KO. unmittelbar an (vgl. Begründung 46). Eben dieses Zusammenhangs wegen ist auch die Möglichkeit einer idealen Konkurrenz zwischen den Verfehlungen aus § 10 DG. in Verbindung mit § 1 DG. einerseits, aus § 239 Ziff. 3, 4

§ 240 Ziff. 3 KO. andererseits nicht auszuschließen. Allein obschon das Depotbuch ein Handelsbuch im Sinne der vorerwähnten Bestimmungen der KO. ist, werden die letzteren, wie die Begründung S. 46 ausführt, hinsichtlich dieses Depotbuches doch nur in beschränktem Umfange anwendbar sein. Zunächst ist im Hinblick darauf, daß die Unterlassung der Führung des Depotbuches, sowie dessen Vernichtung, Verheimlichung oder unrichtige Führung regelmäßig die Benachteiligung der Gläubiger d. i. der Konkursgläubiger, nicht bezwecken und herbeiführen kann, sondern wesentlich eine Schädigung der Aussonderungsberechtigten, die, wenn sie die Ausübung des Aussonderungsrechts hindert, den Konkursgläubigern sogar von Nutzen sein kann, der Tatbestand des betrüglichen Bankerutts ausgeschlossen. Aber auch die Möglichkeit der Bestrafung wegen einfachen Bankerutts ist nur in dem Falle gegeben, wenn der Gemeinschuldner die ihm gesetzlich obliegende Führung des Depotbuches völlig unterlassen hat. Denn die Verheimlichung, Vernichtung und unordentliche Führung eines Handelsbuches ist nur dann geeignet, den Tatbestand des Bankerutts zu bilden, wenn sie zur Folge hat, daß die Handelsbücher keine Übersicht des Vermögensstandes des Kridars gewähren. Für diese Übersicht aber ist das Depotbuch, welches nicht die Vermögenslage des Gemeinschuldners, sondern das Eigentum der Deponenten klarzustellen bestimmt ist, nicht unbedingt wesentlich. Es kann daher eine Idealkonkurrenz ohne weiteres nur zwischen dem Falle einer Zuwiderhandlung gegen § 1 Ziff. 2 DG. und demjenigen des einfachen Bankerutts im Sinne des § 240 Ziff. 3 KO. angenommen werden. Treffen abgesehen hiervon Bankerutthandlungen mit den Verfehlungen aus § 10 DG. zusammen, so ist Realkonkurrenz gegeben (vgl. Binding I 283; Jäger § 239 Anm. 48; Häring 59; a. M. Stenglein 258 Anm. 2 zu § 10 DG., 705 Anm. 36 zu § 239 KO.).

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.